

ISBN: 978-85-61990-13-8

LUIZ EDUARDO ABREU
organização

OS BASTIDORES DO SUPREMO

■ E OUTRAS HISTÓRIAS CURIOSAS


UNICEUB
Centro Universitário de Brasília

LUIZ EDUARDO ABREU
organização

OS BASTIDORES DO **SUPREMO**

■ E OUTRAS HISTÓRIAS CURIOSAS



Brasília - 2013

REITORIA

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Vice-Reitor

Edevaldo Alves da Silva

Pró-Reitora Acadêmica

Presidente do Conselho Editorial

Elizabeth Lopes Manzur

Pró-Reitor Administrativo-Financeiro

Edson Elias Alves da Silva

Secretário-Geral

Maurício de Sousa Neves Filho

DIRETORIA

Diretor Acadêmico

Carlos Alberto da Cruz

Diretor Administrativo-Financeiro

Geraldo Rabelo

Organização

Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. 3966-1335 / 3966-1336

Capa

André Ramos

Projeto Gráfico

Renovacio Criação

Diagramação

Roosevelt S. de Castro

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Abreu, Luiz Eduardo (Org.).

Os bastidores do Supremo e outras histórias curiosas:
5 estudos de etnografia constitucional / Organização de Luiz
Eduardo Abreu.– Brasília:UniCEUB, 2013.

351 p.

ISBN: 978-85-61990-13-8

1. Etnografia Constitucional. 2. Supremo Tribunal Federal.

CDU 342.4

Luiz Eduardo Abreu

Possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade de Brasília (1989), mestrado em Ciência Social (Antropologia Social) pela Universidade de São Paulo (1993) e doutorado em Antropologia pela Universidade de Brasília (1999). Atualmente coordena o Núcleo de Pesquisa e Monografia da Faculdade de Direito do UniCEUB e é professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado e doutorado) da mesma instituição. Publicou, entre outros "A troca das palavras e a troca das coisas. Política e linguagem no Congresso Nacional." *Mana — Estudos de Antropologia Social* 11, no. 2 (2005): 329-56. "Qual o sentido de Rawls para nós?" *Revista de Informação Legislativa* 172, (2006): 149-68. "Tradição, direito e política." *Dados — Revista de Ciências Sociais* no prelo, (2013). "L'Etat contre la société. La norme juridique et le droit au Brésil" *Droit et Société* 83, (2013): 137-54.

Larissa Melo

Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2009) e mestrado em Direitos das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (2012). Atualmente é doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília, é professora assistente do Núcleo de Pesquisa e Monografia da Faculdade de Direito do UniCEUB, bem como professora do curso de Direito da mesma instituição.

Bruno Furtado Vieira

Bruno Furtado Vieira é mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo UniCEUB/ICPD. Bruno Furtado Vieira é mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo UniCEUB/ICPD. Ganhador do prêmio FUNADESP (2005) por um artigo sobre a Câmara Legislativa do Distrito Federal. É analista político do *Brazil Intel* e editor de tradução de publicações jurídicas nacionais e internacionais.

Nathalia Gomes Pedrosa

Possui graduação em Direito no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB(2009) e cursa a pós-graduação em Gestão Pública no Instituto de Gestão, Economia e Políticas Públicas - IGEPP/Brasília em convênio com a Universidade Cândido Mendes - UCAM. Trabalhou no setor público, na assessoria da Procuradoria-Geral do IBAMA, e como Secretária Parlamentar na Câmara Federal, onde acompanhava sessões e atividades da Comissão Mista de Orçamento. No setor privado, foi estagiária de Direito na Advocacia Dias de Souza, onde atuou na Justiça Federal, no TRF 1ª Região, STJ e STF. Atualmente prepara-se para ingressar na carreira de Gestor Especialista em Políticas Públicas do Ministério do Planejamento.

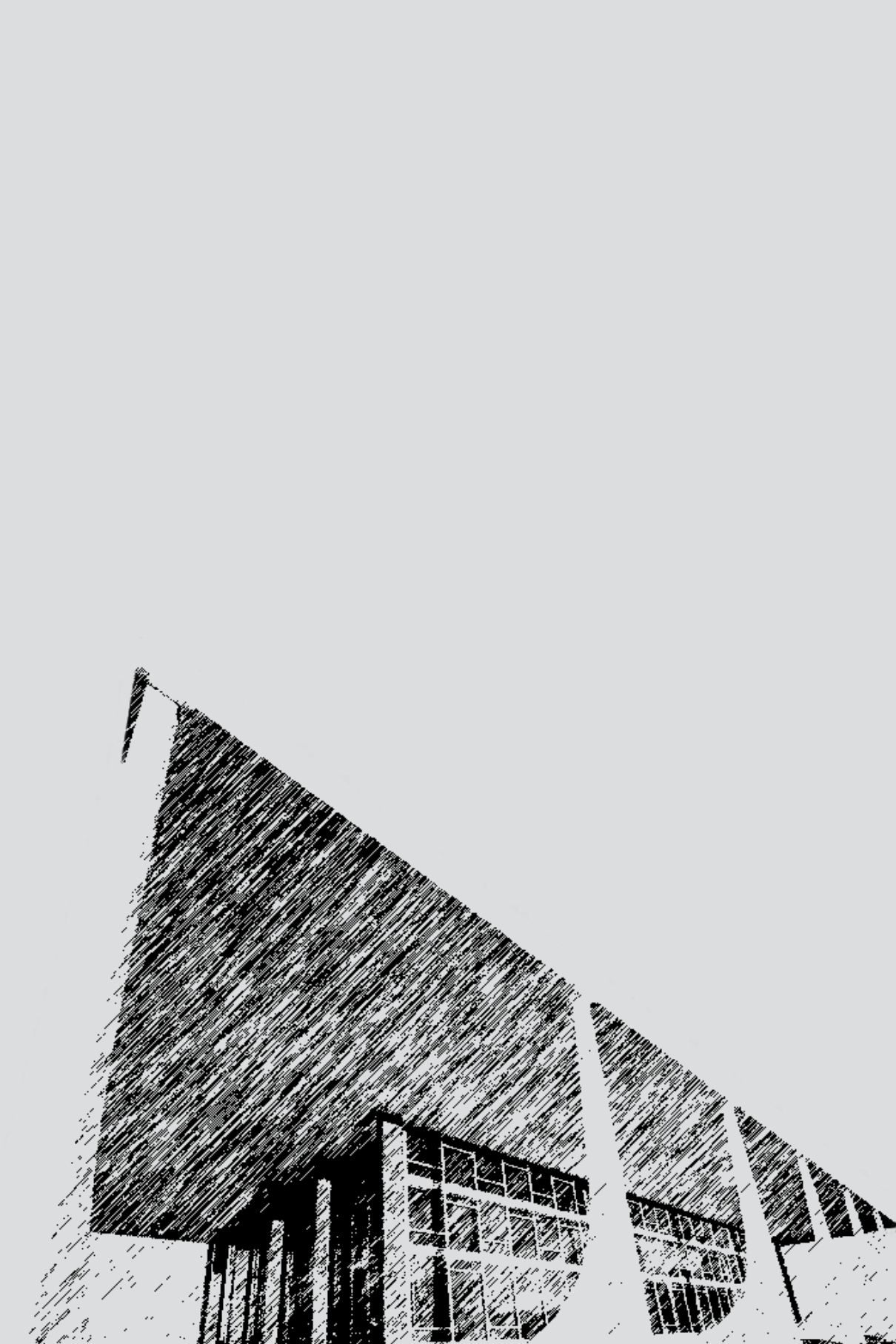
Paula Azevedo

Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito do UniCEUB (2006) e LL.M. em Direito Internacional (Comércio Exterior), Certificado em Estudos de OMC e Membro do Institute of International Economic Law (IIEL) pela Universidade de Georgetown, EUA (2007). Acumulou experiência na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça como a negociadora para assuntos de concorrência (2007 e 2008). Atualmente é advogada do Grupo de Comércio Exterior do Veirano Advogados. Publicou a monografia “Uma Etnografia do Algodão: Estudo Etnográfico sobre o Caso do Algodão na OMC.” que recebeu o 2o lugar no Concurso Victor Nunes Leal de Monografias (Universitas Jus, 2007) e o artigo “Antitrust Aspects of Joint Ventures - The Brazilian Approach” no livro “Joint Ventures in the International Arena” (2010).

Wellington Holanda Moraes Júnior

Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, pós graduado (ou Especialista) em “Português Jurídico” pela Faculdade Processus em Brasília, Diretor de Secretaria da 2ª Vara do Trabalho de Araguaína (TRT da 10ª Região), e professor da Faculdade Católica Dom Orione em Araguaína.

Etnografia constitucional: Quando direito encontra a antropologia	9
<i>Luiz Eduardo Abreu</i>	
Uma análise etnográfica do processo de tomada de decisão na ADI de nº 3.510 pelo Supremo Tribunal Federal	35
<i>Larissa Melo</i>	
Os Limites do Diálogo. Direito, Política e Linguagem no Mandado de Segurança 25.647/STF	107
<i>Bruno Furtado Vieira</i>	
O cotidiano de uma grande tese. Os bastidores da advocacia e suas estratégias.....	153
<i>Nathalia Gomes Pedrosa</i>	
Uma Etnografia do Algodão. O caso da OMC	203
<i>Paula Azevedo</i>	
Se o meu fato falasse. Um olhar etnográfico sobre a construção dos fatos na audiência trabalhista.....	259
<i>Wellington Holanda Morais Júnior</i>	



ETNOGRAFIA CONSTITUCIONAL: QUANDO DIREITO ENCONTRA A ANTROPOLOGIA

Luiz Eduardo Abreu

Introdução

Neste livro, o leitor vai encontrar 5 histórias curiosas sobre o direito. Elas abarcam temas variados que vão desde julgamentos no Supremo Tribunal Federal ao funcionamento da advocacia em primeira instância, passando por um julgamento que o Brasil ganhou contra o Estados Unidos na Organização Mundial do Comércio. O mais interessante de tudo isso é que estes trabalhos não foram escritos por antropólogos que olhariam o direito a uma certa distância; mas, por estudantes de direito que participaram do projeto de pesquisa do Grupo de Pesquisa Lei e Sociedade, vinculado ao programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Os autores das etnografias seguem todos em carreiras jurídicas e, portanto, pertencem à categoria de “operadores do direito”. À época que as escreveram, eles acreditavam no direito e na sua importância. E isso não mudou. O que mudou foi a maneira como eles percebem a relação entre a prática e a teoria do direito, os limites do conhecimento jurídico e, mesmo, como eles elaboravam qual era, afinal, a importância do direito. A etnografia representou para eles um encontro deles com o próprio direito de uma maneira diferente daquela que oferece o ensino jurídico mais tradicional. Mas seus trabalhos também representaram para mim uma mudança. Graças a eles eu também me encontrei com o direito de novas e inusitadas maneiras. E algumas das reflexões que desenvolvi nos últimos anos partem dos trabalhos compilados neste volume (vide, por exemplo, ABREU, 2013c; a; b). Estas experiências me levam a acreditar que o diálogo entre direito e antropologia não apenas é possível como, por várias razões, desejável. Por esse motivo, etnografia constitucional é para mim e — acredito — para os demais participantes do projeto o lugar do encontro entre dois saberes que, deixados à sua própria sorte, provavelmente nem se cumprimentariam. O que quero dizer com

isso é que esse é um encontro difícil de acontecer; mas que, se bem sucedido, pode trazer contribuições relevantes para o debate.

As histórias que os autores contam adiante aproximam a reflexão sobre o direito da sua prática mais cotidiana e, por conta disso, trazem para o primeiro plano aspectos do direito enquanto uma forma de vida que, usualmente, não encontram muito espaço na discussão doutrinária. Há uma grande sensibilidade por parte dos operadores do direito em geral com afirmações que parecem, de alguma maneira, ir contra aquilo que a doutrina jurídica defende. Essa sensibilidade se expressa em frases como “ele não é do direito” ou “ele não conhece o direito”. E, dentro do campo jurídico, há aqueles para os quais o direito não deveria dialogar com outras disciplinas. Elas não lhes fariam falta, argumentam. Para estes, as histórias deste livro provavelmente não farão muito sentido. A posição pode até ser dominante, mas não é consensual. Outros vão defender a importância do diálogo mais intenso com outras disciplinas e advogar por uma crítica ao direito mais influenciada por argumentos sociológicos. O debate é polêmico e vai longe. Ele nos interessa não apenas por sua relação com nosso trabalho; mas, sobretudo, por aquilo que ele desvela sobre a organização simbólica do próprio campo jurídico brasileiro (admitindo, provisoriamente pelo menos, que o direito em outras terras possa se organizar à sua maneira).

A minha hipótese de pesquisa é que a oposição é o resultado de um estrutura, quer dizer, de uma relação entre ideias que se configura plenamente apenas no plano do inconsciente. De um lado, o direito só se realizaria enquanto direito como uma esfera integralmente autônoma da realidade social que o cerca; de outro, ele só tem sentido em diálogo com a realidade social que ele pretende que não exista para ele. Assim, o conflito entre os que defendem um direito mais puro e os que defendem o diálogo com as ciências sociais seria o reflexo, no plano da estrutura social, de algo que estaria para além desta. E o que as caracterizaria não seria uma ruptura radical, mas a ênfase em um ou outro lado da oposição acima. Isso significa dizer que a oposição entre a ignorância intencional e a necessidade do diálogo está presente nas duas posições. Mesmo os defensores mais acirrados da autonomia (no sentido acima) não tem grandes problemas em atuar com muita propriedade no mundo do direito, quer dizer, em um conjunto de instituições que apenas se realiza integralmente enquanto realidade social. Aliás, o fazem muitíssimo bem. Da mesma forma, os que defendem o diálogo entre o direito e outras disciplinas lhe impõem limites. É preciso sempre considerar a autonomia da téc-

nica jurídica — dizem —, e há um momento onde o direito tem de ser ele mesmo. Os trabalhos reunidos neste livro apresentam uma prova adicional da importância e generalidade da oposição. Os seus autores sentiram-se incomodados com o fato que de que a prática do direito não cumpria a promessa de autonomia que a doutrina jurídica lhes havia ensinado. A eles também incomodou a narrativa.

Nas próximas partes deste texto, vou discutir o projeto de etnografia constitucional dentro de uma perspectiva interdisciplinar. Uma maneira de explicar o que quer dizer interdisciplinaridade é compará-la com a ideia de multidisciplinaridade.¹ Por multidisciplinaridade vou entender a coexistência e sobreposição de diversas disciplinas num mesmo projeto de pesquisa; neste sentido, elas podem conviver sem que precisem mudar suas perspectivas disciplinares. Em contraposição, a interdisciplinaridade é o resultado do diálogo entre disciplinas diferentes. Nem uma nem outra. O que a interdisciplinaridade propõe é construir o objeto de pesquisa a partir de um olhar que não se enquadra muito bem em nenhuma delas. Um projeto desta natureza exige muitos cuidados na sua implementação, mas também é trabalhoso na sua explicação. Dificilmente, o mesmo texto agrada a todos. Não é apenas uma questão de estilo. É principalmente um problema de sentido. Cada uma das disciplinas envolvidas tem seus próprios cânones, autores consagrados, maneiras de ver o mundo. Assim, um problema interessantíssimo do ponto de vista das ciências sociais recebe olhares meio estupefatos do direito. Inversamente, uma questão que para o direito é central, essencial, importantíssima recebe olhares de soslaio dos cientistas sociais. O ponto é que os julgamentos sobre a importância relativa das coisas de cada uma não são apenas diferentes: muitos são incomensuráveis; alguns, incompatíveis; e outros, contraditórios entre si. Uma justificação que se enquadre dentro das fronteiras de um único saber pode contar com alguns consensos — tácitos e, até mesmo, inconscientes — que facilitam a tarefa. Há aqui algo semelhante àquilo que Kuhn (1996) chamou de paradigma (apesar de não ser possível dizer que, nos termos daquele autor, a antropologia tenha um paradigma, já que nela não há um sistema teórico dominante; talvez seja possível afirmá-lo em relação ao direito). Seja como for, a obrigação e a trajetória me impõem a exigência de pelo menos tentar explicar o projeto levando em consideração que ele poderá ser lido tanto por cientistas sociais quanto por operadores do direito.

¹ Essa maneira de distinguir as duas é de Roberto Cardoso de Oliveira.

Daqui para frente, o texto se divide em três partes. A primeira delas discute exatamente o que quer dizer etnografia e etnografia constitucional, por óbvias razões. A segunda examina o estranhamento entre a ciências sociais e o direito. A terceira analisa o encontro ou desencontro entre elas.

Etnografia constitucional

Como este texto se destina a um público formado por juristas que nenhuma obrigação têm de saber das coisas esotéricas dos antropólogos, é preciso dizer algumas breves palavras sobre o assunto. A etnografia é o método que os antropólogos usam desde, pelo menos, Malinowski (1978 cuja edição original é de 1922) para coletar informações de sociedades radicalmente diferentes da sociedade ocidental de colonialismo tardio no começo do século XX. Este enorme esforço intelectual não foi o resultado de preocupações humanitárias com as sociedades que, então, chamávamos de primitivas. Era preciso conhecê-las para melhor dominá-las. Uma sensibilidade que, hoje, acreditariamos um tanto cínica. O problema metodológico que se configura neste tipo de empreendimento poderia ser enunciado, mais ou menos, nestes termos: essas outras sociedades, na sua maioria sem Estado ou escrita, pensavam o mundo de uma maneira tão radicalmente diferente da sociedade ocidental, europeia, individualista que as categorias com quais os — vamos imaginar — ingleses de Cambridge organizavam a sua boa sociedade simplesmente não se aplicavam àqueles outros tipos de gente (vide a crítica que WITTGENSTEIN, 1998 faz à Rama dourada de Frazer). Era preciso, portanto, fazer algo diferente. E a resposta foi, justamente, a etnografia. É verdade que muito mudou desde 1922 e hoje já não é possível falar ou fazer etnografia da mesma forma. Para o argumento deste texto, não interessa a história do método, o seu sentido, tampouco o seu destino. Interessa-nos uma questão mais modesta. Como é possível apropriar-se dele? Como é possível utilizá-lo para encontrar o direito?

É preciso começar pelo princípio. O objeto da antropologia é, de um modo geral e de maneira simples, a alteridade. Ou melhor, uma forma particular de alteridade. Digo uma forma particular porque a psicologia também lida com ela. Da perspectiva da psicologia, a alteridade que lhe interessa está ligada à capacidade de o indivíduo lidar com os outros indivíduos, reconhecendo-os como diferentes de si mesmo. A psicologia supõe (e há boas razões para tanto) que os indivíduos convivem, compartilham um espaço de sociabilidade comum, mas possuem maneiras

diferentes de lidar os assuntos que os afetam. A questão, para ela, é a capacidade de o indivíduo conseguir transitar na pluralidade dos papéis, nos diversos espaços e conflitos que daí resultam da maneira que lhe seja, pessoalmente, a mais satisfatória possível. E o mais satisfatório possível pode significar muitas coisas diferentes. É na relação do indivíduo consigo mesmo que se realiza no sofrimento da sua relação com o outro que intervém a psicologia. À antropologia, ao contrário, não interessa “o que A ou B possam sentir enquanto indivíduos, no decurso accidental de suas próprias experiências pessoais; apenas nos interessa o que sentem e pensam enquanto membros de uma determinada comunidade”, já dizia Malinowski (1978, p. 35). A frase “enquanto membro de uma determinada comunidade” não se refere aos sentimentos que os indivíduos nutrem em relação à comunidade à qual pertencem (o que eles sentem pela família, igreja, pátria, clube de futebol etc.); mas, ao fato de que até mesmo as emoções são fenômenos sociais, quer dizer, coletivos e, em muitos sentidos, obrigatórios (MAUSS, 2003), por exemplo: o amor pelo filho, a raiva dos inimigos, a angústia pelas tarefas a realizar, a solidão da grande cidade, a culpa pelo mal gratuito feito aos outros, a cobiça pelo que não temos. E mesmo quando um indivíduo em particular deles se afasta (uma mãe que odeia o seu filho, por exemplo), isso só nos faz sentido como o desvio de uma regra que reconhecemos normal, boa ou necessária. Portanto, a alteridade pela qual se interessa a antropologia é aquela que incorpora diferentes maneiras de ver o mundo que são compartilhadas por um grupo social, uma sociedade, um campo profissional ou uma torcida organizada.

Para o empreendimento funcionar, é preciso que o pesquisador reconheça que ele não é um indivíduo solto no mundo (para usar uma expressão um tanto literária). Ele também faz parte de um grupo social e compartilha com esse grupo uma certa visão de mundo. E isso põe o encontro em uma outra perspectiva. São formas de vida e maneiras de ver o mundo que se encontram. E é por isso que posso dizer que esse é um encontro radical: o que está em jogo é o reconhecimento da alteridade que — e este é o ponto principal — põe em questão as convicções do próprio pesquisador. Essa é uma experiência pela qual todo aquele que fez uma etnografia bem sucedida já passou: somente quando ele é capaz de por em perspectiva a sua própria maneira de ver o mundo (LÉVI-STRAUSS, 1976), é que ele consegue se encontrar com o outro. De uma maneira muitas vezes sofrida e angustiada, ele é levado a reconhecer que aquilo que até então ele tomava como certo, seguro, óbvio, natural é, na realidade, uma entre muitas possibilidades de ver, constituir e se relacionar com o mundo.

Como método de pesquisa, a etnografia é, ao mesmo tempo, um conjunto de regras que não tem uma formulação prescritiva, embora tenha casos exemplares (como Malinowski que citamos acima) e, uma forma de sensibilidade para com o dado empírico. As regras são as mais simples de apontarmos: elas incluem conviver com a sociedade ou grupo estudado, comunicar-se com eles na sua própria língua, transformar a experiência em texto, geralmente utilizando alguma forma de diário de campo (há livros que dão dicas em escrever notas etnográficas em sociedades complexas, como EMERSON, FRETZ *et al.*, 1995), colocar suas teorias em teste a partir do material recolhido, prestar atenção naquilo que mais dizem os membros do grupo que você estuda, entre outras. A sensibilidade, por sua vez, é o resultado daquilo que é centro do empreendimento.

O princípio básico do método etnográfico é a transformação daquilo que, na nossa experiência comum, seria considerada uma experiência subjetiva em um dado objetivo. A afirmação está ligada a dois supostos. (a) A ideia de que o dado relevante para as ciências sociais envolve um mínimo de compreensão da realidade social na qual as pessoas estudadas vivem, mesmo quando este dado aparece sob a forma de um número. Assim, a estatística sobre o número de divórcios só é inteligível graças ao conhecimento que o pesquisador tem dos conteúdos simbólicos que definem as expectativas de uma vida familiar naquela sociedade, tais como: o fato de a mulher precisar ou não trabalhar porque a renda do marido já não é suficiente para o sustento da família em um determinado padrão de vida; se ela ganha mais que o marido numa sociedade machista onde isso é motivo de vergonha para o homem; a divisão tradicional do papel social entre maridos e esposas; a oposição entre vida familiar e trabalho e entre a casa e a rua; etc. O domínio destes conteúdos simbólicos supõem, por sua vez, (b) a capacidade de o pesquisador se relacionar o seu “objeto”. É preciso dispor-se a ouvir o que o outro tem a dizer ou, em outras palavras, deixar-se dizer algo pelo outro, permitir-se influenciar-se por ele (GADAMER, 1993). E isso somente é possível numa relação dialógica. Dizendo da maneira a mais simples possível, o pesquisador tem de estar disposto a conversar, e ele só consegue isso relacionando-se de alguma forma com o outro. Desta perspectiva, a etnografia leva às últimas consequências o fato de o observador e o grupo que ele estuda pertencerem a mesma ordem de fenômenos. Em ambos os lados da relação encontramos sistemas diferentes formados por elementos semelhantes: valores, ideias, práticas, visões de mundo, modelos etc. Por esse motivo, a antropologia argumenta que a relação entre o pesquisador e o objeto pesquisado também é parte dos dados.

Um exemplo de pesquisa pode esclarecer o que exatamente isso quer dizer. Ao entrevistar um parlamentar ou um político ou um funcionário do Congresso, o primeiro impulso do pesquisador é ligar seu gravador e começar suas questões. As respostas, neste caso, são decepcionantes. Um exemplo foi o pesquisador que, durante a entrevista com o chefe de gabinete de um deputado, ouviu várias vezes a afirmação de que o deputado tinha por tal ou qual proposição um apreço especial e que ele a apoiava porque acreditava na sua importância para o país. No meio da entrevista, o chefe de gabinete pediu ao pesquisador que desligasse o gravador e, então, contou uma história completamente diferente: que o deputado tinha tais ou quais interesses naquela proposição.² O ponto aqui não é o fato, banal diga-se, que os parlamentares defendem e têm interesses, mas justamente a diferença entre o domínio de um discurso que pode ser reproduzido porque gravado e um outro onde a palavra é dita em confiança, quando o entrevistado, aparentemente, “abre o jogo”. Essa experiência nos diz muito pouco a respeito dos interesses reais do deputado, da sinceridade do chefe de gabinete ou, mesmo, do destino da proposição. Mas ela revela aspectos valiosos das regras não escritas da atividade do Congresso, dos mecanismos de circulação de palavras e versões, de como a palavra pode ser utilizada para construir uma relação de “confiança”, da dificuldade da nossa ideologia política de lidar explicitamente com a afirmação do interesse. O pesquisador não poderia saber de nada disso se não tivesse entrevistado o chefe de gabinete usando um gravador. É óbvio. Mas a obviedade esconde aspectos importantíssimos da experiência social que só conseguem ser elaborados e tematizados a partir do momento em que somos capazes de pensar nossas experiências como parte dos dados da própria pesquisa.

Do que nos interessa mais de perto, aproximadamente desde a década de 70, a etnografia passou a ser utilizada para examinar as próprias sociedades ocidentais. No Brasil, particularmente, o direito é um objeto precoce da antropologia. O trabalho de Da Matta, por exemplo, vai caracterizar o que ele chamou de “dilema brasileiro” como a oposição entre uma ética pessoal, baseada no modelo das relações familiares e hierárquicas, e uma ética individualista, consubstanciada na norma jurídica onde todos seriam pensados como iguais (DA MATTA, 1979). Mais recentemente encontramos alguns trabalhos etnográficos de autores do próprio direito (como, por exemplo, BAPTISTA, 2008). Há, de todo jeito, ainda muito a ser feito.

² “Art. 100. Proposição é toda matéria sujeita à deliberação da Câmara”. BRASIL. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados. 2005 1989.

A ideia de trabalhar as instituições utilizando a etnografia também não é nova. Vários autores, de uma maneira ou de outra, já se debruçaram sobre o assunto (para não encompridar a lista de textos citados, mencionamos apenas o “clássico”, Como pensam as instituições, DOUGLAS, 1998). Mas, tendo em vista as preocupações mais imediatas deste texto, quem coloca a questão da maneira, para nós, a mais interessante é Scheppele. É dela que retiramos a expressão “etnografia constitucional” que, se não traz grandes novidades teóricas, tem, pelo menos, a vantagem de ser, talvez, a mais apropriada para o nosso assunto. Segundo a autora,

“Quanto maior o interesse por alguns dilemas constitucionais e pelo seu estudo, mais atraente se torna a etnografia constitucional. A etnografia constitucional não se pergunta pelas grandes correlações entre as especificidades do design constitucional; tampouco, pela efetividade de instituições específicas. Ao invés disso, a etnografia constitucional olha para a lógica de contextos particulares como meio de iluminar as inter-relações entre os elementos políticos, legais, históricos, sociais, econômicos e culturais. O seu objetivo é entender melhor como sistemas constitucionais operam, identificando os mecanismos da governabilidade e, as estratégias pelas quais se a tenta, experimenta, resiste e revisa. Para tanto, a etnografia constitucional leva em consideração a profundidade do contexto histórico e cultural. Enquanto uma configuração constitucional tem traços distintos e não generalizáveis, cada contexto constitucional possui igualmente uma lógica que liga várias das suas características em padrões cujos traços podem ser visíveis alhures, em manifestações diferentes e específicas.” (SCHEPPELE, 2004, p. 390)³

³ No original: “The more one is interested in particular constitutional dilemmas and the knowledge that can be brought to bear on understanding them, the more one may be drawn to constitutional ethnography. Constitutional ethnography does not ask about the big correlations between the specifics of constitutional design and the effectiveness of specific institutions but instead looks to the logics of particular contexts as a way of illuminating complex interrelationships among political, legal, historical, social, economic, and cultural elements. The goal of constitutional ethnography is to better understand how constitutional systems operate by identifying the mechanisms through which governance is accomplished and the strategies through which governance is attempted, experienced, resisted and revised, taken in historical depth and cultural context. While any one specific constitutional setting has distinctive and ungeneralizable features, each constitutional context also has logics that link various specific features found in the particular case into patterns whose traces may also be visible elsewhere with different specific manifestations.”

E, mais adiante no mesmo texto,

“Etnografia constitucional é o estudo dos elementos legais centrais da política, usando métodos que são capazes de reconstituir os detalhes vivos do cenário político-legal.”
(SCHEPPELE, 2004, p. 395)⁴

A ideia é, portanto, levar em consideração não apenas a sistematização dogmática das normas jurídicas, mas principalmente o detalhe, a maneira como, de fato, as regras os princípios jurídicos se reproduzem no cotidiano, onde as grandes questões (como a legitimidade, a justiça e os valores) talvez deem lugar a questões de ordem mais pragmática, como a ocupação de posições nos respectivos campos sociais (BOURDIEU, 1989) ou o uso das palavras e dos instrumentos jurídicos para propósitos contextuais, como, p. ex., tentar ganhar tempo no processo de cassação de um mandato parlamentar, enquanto se tenta criar as condições políticas necessárias para ganhar o voto da maioria em plenário. O que está em jogo aqui é uma mudança de perspectiva: sair da elaboração um tanto abstrata de fórmulas universais e entrar no universo não tão asséptico, mas, para mim pelo menos, muito mais interessante do uso real dos argumentos e da sua construção social.

De fato, há aí uma crítica ao direito, mas é preciso elaborar o que isso quer dizer. A crítica é semelhante àquela que, parafraseando Bernstein (1983, p. 72), os pós empiristas fizeram à epistemologia da ciência (creio que poderíamos colocar aqui FEYERABEND, 1977; LAKATOS e MUSGRAVE, 1979; LATOUR e WOOLGAR, 1986; KUHN, 1996). Sem um exame detalhado de como opera, no cotidiano da prática judiciária, o uso de razões e contra razões, as teorias sobre o funcionamento do direito e da sua relação com os outros campos da experiência social não passariam de “generalidades baseadas na fé”. Todavia, para dizer que o que direito afirma de si mesmo não corresponde ao que ele faz, não precisaríamos de um livro. Há de haver algo mais num projeto etnográfico do que o reconhecimento da diferença entre teoria e prática. E esse algo mais é justamente levar às últimas consequências os sentidos que podemos retirar desta diferença, para, dessa forma, reintegrá-las num sistema onde técnica, instituição, atores, ideias, lutas, angústias e valores estão todos em movimento juntos, numa mesma realidade social.

⁴ No original: “Constitutional ethnography is the study of the central legal elements of politics using methods that are capable of recovering the lived detail of the politico-legal landscape.”

A crítica que a etnografia dos textos deste volume podem fazer ao direito está em apontar os limites deste último; mas, com isso, ela encontra os seus próprios limites. Uma maneira de esclarecer o que exatamente isso quer dizer é utilizar uma história, um tanto torta. Ela está em *A estrutura das revoluções científicas* (KUHN, 1996) e começa assim: alguns físicos vão argumentar que a teoria de Newton seria um caso especial da teoria de Einstein. A prova seria o fato de que é possível derivar as equações do primeiro das equações do segundo, se se tomarem alguns cuidados especiais. Kuhn, no entanto, vai argumentar que isso é um engano. As equações derivadas de Einstein não poderiam ser iguais às de Newton, mesmo se os símbolos em uma e noutra fossem os mesmos. A razão disso é que os seus elementos têm sentidos diferentes. Assim, por exemplo, a massa em Newton não é conversível em energia e o tempo é uma unidade constante; para Einstein, ao contrário, a massa pode se transformar em energia e o tempo pode se expandir ou contrair conforme a velocidade. O que nos interessa é o seguinte argumento que Kuhn deriva deste exemplo: a física de Einstein não pode mostrar que a física de Newton está errada. Elas são simplesmente diferentes e se aplicam àquelas circunstâncias em que os seus respectivos métodos científicos já as comprovaram. O que Einstein poderia mostrar, completa Kuhn, é que as equações de Newton não são aplicáveis em velocidades próximas à da luz. Mas essa afirmação nunca foi comprovada pelo método científico de Newton e, portanto, não pertence à sua ciência.

A história parece apropriada para o nosso assunto porque algo similar ocorre aqui. O que está em jogo com a crítica etnográfica não é o direito naquilo que ele tem de saber autônomo, o campo próprio de sua aplicação, onde ele decorre da elaboração histórica de uma forma de vida apropriada às nossas circunstâncias sociais. E nisso entra muita coisa: a discussão de qual seria a melhor decisão, a necessidade do direito numa sociedade de massas como a nossa, a longa e penosa história da construção de uma tecnologia normativa, os sentidos da norma, as relações entre os diversos instrumentos legais, a sua aplicação em contextos diversos, as suas justificativas etc. O que os trabalhos aqui reunidos podem criticar são as afirmações que o direito faz para além destas, quando ele pretende, por exemplo, legislar sobre coisas para as quais os seus instrumentos não lhe bastam ou ignorar as consequências institucionais de algumas das decisões que ele mesmo toma. Mas, por outro lado, é uma crítica que deixa tudo como está. Ela não sugere alternativas. Este é o seu limite:

à etnografia cabe apenas, com sorte, fazer avançar o debate — isto é, se alguém estiver disposto a ouvir.

O estranhamento

O encontro entre o direito e a sensibilidade etnográfica é um encontro entre dois saberes muito afastados um do outro. Parte disso é o resultado das condições objetivas de cada um. Assim, enquanto a antropologia e as ciências sociais de um modo geral têm seu espaço predominante na academia e, eventualmente, em consultorias ou discussões nos jornais, o direito acontece e se desenrola em um ambiente institucional completamente diferente. No mundo do direito, as decisões de um juiz, por exemplo, podem afetar a vida das pessoas ou das instituições de uma maneira muito imediata. Não é difícil de ver que relação com o contexto tem de ser diferente e, que as ciências sociais⁵ e o direito estão associados a formas de vida que são, em grande medida, estrangeiras entre si. Mas para desenvolver o que exatamente isso quer dizer vou começar por aquilo que, da perspectiva de uma observação mais apressada, seria o centro do problema: a maneira pela qual um saber percebe o outro. Vamos examinar, primeiro, o que isso quer dizer da perspectiva das ciências sociais para, depois, examinar a mesma questão da perspectiva do direito.

1. De sua parte, os cientistas sociais pouco entendem da dogmática e da técnica jurídica e são levados, pelos caminhos já usuais do seu saber, a ignorar as especificidades e a autonomia do direito, como, aliás, já dizia Bourdieu (1986). O impulso dos cientistas sociais é reduzir o direito aos seus componentes sociológicos ou históricos. É uma maneira de ver que reflete os instrumentos teóricos dos cientistas sociais e pouco espaço encontra para ouvir o que o direito tem a dizer. Assim, um cientista político pode ter muita dificuldade para entender a força

⁵ Para o argumento não faz sentido fazer maiores distinções entre as ciências sociais. O que está em jogo é a ruptura entre elas e o direito. E elas se opõem ao direito de maneira muito semelhante.

ilocucionária⁶ que a expressão “é inconstitucional” tem para o direito quando uma causa é julgada — digamos — no Supremo Tribunal Federal; ele talvez vá tentar reduzir o sentido desta expressão ao poder, aos interesses (econômicos, corporativos, de classe), à disputa pelo capital simbólico ou a outros elementos quaisquer. E, ao fazer isso, ele retira a força da expressão e a transforma no efeito de alguma outra coisa (relação de força, interesse, preconceito, exercício da dominação, aliança política etc.). Em outras palavras, ele submete a expressão a um contexto sociológico que, se não determina o seu sentido, explica o seu acontecimento. Claro, com isso não quero dizer que não haja, às vezes, bons motivos para dizer que uma decisão foi motivada por forças exteriores ao direito. Os próprios juristas o reconhecem, quando se debruçam sobre a influência da mídia; ou, afirmam que o Supremo Tribunal Federal é uma corte política. Este último veredicto tem, para eles, o sentido um tanto negativo de que o tribunal sacrificaria a, por assim dizer, pureza do argumento jurídico em favor da conveniência política. E repare que esta conveniência não se refere, necessariamente, ao interesse pessoal do julgador ou à suspeita de alguma violação ética ou a um crime contra a administração pública. A conveniência pode implicar na convicção da parte dos atores envolvidos de que, se a decisão fosse tomada em conformidade à letra da lei, o resultado geraria constrangimentos institucionais cujas repercussões seriam muito extensas para contemplar. Mas, mesmo reconhecendo que o mundo exterior, por vezes, encontra o seu caminho até a decisão judicial, isso não coloca em questão, para os seus operadores, a crença fundamental na pureza do direito. O direito, dizem eles, não deveria levar em consideração outra coisa que não a si mesmo. Dizer que decisões políticas acontecem às vezes não quer dizer que elas vão acontecer sempre, nem que é bom que assim tenha sido. E, justamente porque desvios são possíveis, mais importante ainda é defender a força do próprio direito contra o abuso dos mal intencionados e a pressa dos incompetentes.

⁶ O ato ilocucionário é dependente do contexto específico e concomitante ao ato locucionário. Aquele que diz algo (ato locucionário) também realiza um ato como: responder ou formular uma pergunta; dar alguma informação, aviso, alerta; fazer um pedido; descrever uma situação; anunciar uma intenção ou um veredicto; prometer algo; dar uma ordem; &c. Este é um ato que se realiza dizendo alguma coisa, distinto, portanto, do ato de dizer alguma coisa. O ato locucionário possui então uma certa força convencional (força ilocucionária), i. e., uma força que se baseia em regras, categorias ou convenções compartilhadas AUSTIN, J. L. *How to do things with words. The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*. 2nd. Oxford: Oxford University Press, 1975..

A necessidade de defender o direito que sente o seu militante não é um problema para o cientista social. Este poderia compreendê-la como a defesa política de uma instituição que está em conflito com outras. Política no sentido forte da palavra: a competição pelo domínio dos bens simbólicos e materiais que circulam dentro do Estado. Mas, ao compreendê-la dessa forma, o cientista social está, mais uma vez, reduzindo a importância da expressão a algo que está para além ou aquém dela (depende do ponto de vista): à defesa da autonomia do campo, à vontade de poder (à la Nietzsche), à ideologia política ou a outra razão qualquer. O problema é que o cientista social não consegue dar o passo seguinte. Ele não compreende a força que expressões como a declaração de inconstitucionalidade têm para o direito. A força delas não é, da perspectiva do operador do direito, passível de ser reduzida a outra expressão ou componente sociológico ou trajetória histórica.

Aliás, arrisco a hipótese que, da perspectiva do jurista, ‘constitucional’ e o seu oposto ‘inconstitucional’ são conceitos simples no sentido de Moore. Moore utiliza a ideia para definir o bom e, com isso, caracterizar o domínio da ética. Há diferenças importantes entre moral, ética e direito (vide, entre outros, HABERMAS, 1998). A discussão vai longe, e não faz sentido para nós, neste momento, retomá-la. Utilizar Moore não significa, de minha parte, a tentativa de reduzir o direito à ética. Limito-me a sugerir que a descrição que Moore faz do “bom” serve para caracterizar a maneira como o direito lida com o conceito de constitucional (entre outros). Quando Moore afirma que o bom é um conceito simples, ele quer dizer que o “bom” não é redutível ou explicável com o uso de outros conceitos. Dito de outro jeito, o “[bom]” é um destes inumeráveis objetos do pensamento que são, em si mesmos, incapazes de serem definidos, porque eles são os termos últimos em referência aos quais o que quer que seja passível

de definição deve ser definido” (MOORE, 1993, p. 61).⁷ Quero defender que o mesmo acontece com os conceitos de constitucional e inconstitucional.

É possível gastar muito tempo e esforço discutindo se uma lei, ato do executivo ou legislativo ou decisão de uma instância inferior seria constitucional ou inconstitucional. Provavelmente, os argumentos de parte a parte serão não apenas diferentes e divergentes, mas, talvez, incompatíveis e incomensuráveis entre si. E a experiência mostra que dificilmente um dos lados consegue convencer o outro. E isso faz parte desta forma de vida. O advogado que se deixa formalmente convencer pelo argumento da outra parte e diz “desistimos da causa porque vocês têm razão”, à exceção de situações muito particulares, não está sendo um bom advogado. Ao contrário, para melhor defender os interesses do seu cliente, ele não pode se deixar convencer pelo argumento da outra parte, por melhor que ele seja. “É muito perigoso ouvir”, diria Oscar Wilde. “Quem ouve pode ser convencido. E um homem que se permite ser convencido por um argumento é uma pessoa completamente irrazoável.”⁸ Mas nenhum dos argumentos dos nossos hipotéticos juristas tem relação com a definição do conceito de constitucional. Este é dado como evidente. A pergunta “qual a definição de constitucional?” simplesmente não faz sentido neste contexto. Se ela fosse feita, a resposta seria “aquilo que está em consonância com o texto constitucional” — o que, convenhamos, é uma tautologia. O que frequentemente acontece é a discussão de quais os critérios deve-se utilizar para afirmar que algo é ou não constitucional. Mas não é só isso. Os usos de “bom” e “constitucional” se assemelham de outro modo. Eles,

⁷ No original: “It is one of those innumerable objects of thought which are themselves incapable of definition, because they are the ultimate terms by reference .to which whatever is capable of definition must be defined.” Mas isso só se aplica ao conceito de “bom” quando utilizado no sentido ético, como mostrou Wittgenstein WITTGENSTEIN, L. I. A lecture on ethics. *The Philosophical Review*, v. 74, n. 1, p. 3-12, 1965. . O “bom” que se refere ao domínio da ética seria, para Wittgenstein, o “bom” utilizado no sentido absoluto. A maneira de explicar o que exatamente isso quer dizer é comparando-o com o uso de “bom” no sentido relativo. O “bom” no sentido relativo equivale a expressões como: “ele é um bom pianista”. O ponto é que é possível substituir esta afirmação por outras, tais como: “ele toca peças difíceis com facilidade”, “dos pianistas que já ouvi tocar, ele é o mais vigoroso”, “a sua interpretação é, além de muito competente, original”, “ele domina muito bem a técnica” etc. Neste caso, o “bom” pode ser substituído por afirmações fatuais, quer dizer, que descrevem estados de coisas. O mesmo não pode acontecer quando eu digo, por exemplo, “ser honesto é bom”. Este último não pode ser substituído por enunciados fatuais. É verdade que há situações em que ser honesto traz benefícios, mas há ocasiões em que acontece o contrário, como mostra a experiência de todos. Isso não afeta a afirmação de que “ser honesto é bom”.

⁸ Minha versão livre do seguinte trecho: “You see, it is a very dangerous thing to listen. If one listens one may be convinced; and a man who allows himself to be convinced by an argument is a thoroughly unreasonable person.” A frase está em *An ideal husband*.

ao mesmo tempo, ofendem e impõem a necessidade da ação. Da mesma forma que um indivíduo se sente violado quando a ação do outro transgredir aquilo que ele acredita ser bom (no sentido ético, bem entendido), também o jurista sente violado o direito quando há algo inconstitucional. O importante na comparação é evocar uma dimensão do direito que o cientista social pode até mesmo organizar intelectualmente, mas cujo sentido mais profundo lhe escapa, justamente por não ser capaz de experimentá-la.

2. A maneira como o direito se relaciona com as ciências sociais não deixa de ser curiosa. Ele, a todo momento, está fazendo juízos sociológicos sobre o seu lugar no mundo, a sociedade que o cerca e as repercussões das normas e das decisões judiciais. Ao mesmo tempo, recusa-se sistematicamente a dialogar com as ciências sociais. Isso configura uma mentalidade muito própria, que é preciso examinar mais de perto. A bem do argumento, seria importante começar por um exemplo. Veja o leitor o seguinte trecho:

“O objetivo precípua do direito deve ser, então, a garantia da paz e do equilíbrio das relações sociais, evitando conflitos com fins de promover o desenvolvimento do grupo social (sociedade) com redução das desigualdades existentes”.

O período acima está publicado em uma das revistas jurídicas disponíveis na internet. Mas deixo-o propositadamente anônimo. E há bons motivos para tanto. A frase me interessa porque representa o senso comum que permeia a doutrina jurídica (para utilizar, com alguma liberalidade, a expressão de WARAT, 1988). Não é difícil encontrar outras semelhantes. Ela é, neste sentido, exemplar. Somente nesta condição que a examinarei.

Apesar de pequeno, o trecho é riquíssimo. Rescrevendo-o, ter-se-ia o seguinte: se bem utilizado, o direito garante a paz e o equilíbrio das relações sociais, evita conflitos, promove o desenvolvimento, reduz desigualdade. É possível, claro, dar outras interpretações, como: o direito garante a paz; a paz garante o equilíbrio das relações sociais; o equilíbrio evita conflitos; evitar conflitos promove o desenvolvimento; promover o desenvolvimento reduz a desigualdade. Mas não importa exatamente como o interpretemos, o ponto é que as relações que o trecho propõe não estão contidas pelos instrumentos próprios do direito. Ao contrário elas configuram juízos sociológicos. Tecnicamente, o direito seria condição suficiente dos outros, vez que seu bom uso os traria ao mundo. Mas ele

também é condição necessária, pelo menos, para a pacificação. Isso não deriva diretamente do trecho, mas compõe a mentalidade que ele representa. Assim, as proposições acima se fazem acompanhar de outros juízos. Entre eles, está o de que é o direito que torna possível a sociedade — sem ele não há paz social, repetem os mais empolgados.

É possível argumentar que não se trata de juízos sociológicos, mas dos deveres do direito, quer dizer, das obrigações que o direito deveria cumprir. Seriam, portanto, juízos normativos. A objeção parece ser mais resistente para a primeira relação. Poder-se-ia modificá-la para o seguinte: “o direito deve almejar a paz social”. No entanto, mesmo admitindo que a proposição assim reformulada não apresenta mais a caráter de um juízo sociológico, ainda assim não é possível escapar dele. As razões não são difíceis de apontar. Compare-a com a seguinte frase: “o indivíduo deve ser honesto”. A honestidade é algo que não depende dos dobramentos que os atos locucionários (o que se diz) possam causar no mundo, quer dizer, suas consequências, seus efeitos perlocucionários, diria Austin (1975). Eles podem ser bons ou ruins; podem ser bons para uns e ruins para outros. Não importa. É quase como que a honestidade se realizasse em si mesma, no sentido de que ela independe do que causa. Ela se completa quando o sujeito diz ou age honestamente. Não se pode dizer que foi desonesto o sujeito que, mesmo contra toda a experiência e o bom senso das gentes, foi honesto quando a prudência recomendava outro rumo. Podemos achar que ele foi ingênuo, bravo ou simplesmente tolo. Mas não é possível negar que ele tenha sido honesto. Ora, o mesmo não acontece com a ideia de pacificação. A paz social não se realiza simplesmente com a ação do direito independentemente das suas consequências. Para cumprir ou não o seu dever, o direito depende dos resultados alcançados pelo uso das normas jurídicas. Claro que aí as coisas ficam bem mais complicadas. Não está claro o que significa pacificação. Toda a vez que eu pergunto a um operador do direito — um que comungue com o espírito do trecho acima — o que exatamente ela quer dizer, invariavelmente o meu interlocutor se enrola, percebe a dificuldade e, na maioria dos casos, muda de assunto. Mas vamos supor, a bem do argumento, que o problema esteja resolvido e que tenhamos um critério do que seria “pacificação” que, embora não seja consensual, é razoável o suficiente para os nossos propósitos. Nada mudou. O juízo de saber se o direito alcançou-a ou não continua a depender de um juízo sociológico: é preciso examinar as repercussões na sociedade das decisões e normas jurídicas à luz do referido critério.

Juízos sociológicos que estabelecem relações de causa e efeito não pertencem ao mundo da dogmática jurídica⁹ — que, aliás, pelos seus instrumentos é incompetente para tratar delas. E digo incompetente, da mesma forma que afirmei que a antropologia é incompetente para resolver aquilo que é o domínio próprio do saber jurídico. Vou mais adiante e afirmo que proposições sobre o papel do direito na realidade social não poderiam estar contidas ou ser derivadas logicamente de nenhum instrumento jurídico ou norma constitucional. Qualquer tentativa neste sentido invariavelmente irá fracassar. Aliás, para cumprir o seu papel o direito necessariamente tem de ter um caráter contrafactual. Parte disso, tem relação com a própria técnica jurídica, na medida em que o direito para operar precisa criar um outro mundo (na expressão de HERMITTE, 1998), a partir do qual ele consegue regular o mundo social que habitamos.

O princípio geral que preside o empreendimento de encontrar um papel para o direito é profundamente perturbador. O cientista social não teria nenhum problema com ele, mas o juristas sim, apesar de eles não se aperceberem disso. Se a legitimidade depende de ele ser capaz de realizar os seus “objetivos precípuos” como o trecho acima propõe, o não cumprimento destes implica em colocar àquela a prova. A legitimidade do direito dependeria, portanto, de um estado de coisas. Em outras palavras, o trecho faz exatamente o mesmo que o cientista social: ele reduz o direito a algo que está para além dele. O cientistas sociais, contudo, não reduziriam a legitimidade do direito desta forma. Aliás, desde a sociologia weberiana, entende-se que a legitimidade do Estado burocrático é baseada em regras e regulamentos que definem os procedimentos necessários para que um indivíduo ou grupo assuma o poder (WEBER, 1991). É portanto o inverso: não é o cumprimento de certos objetivos que garante legitimidade ao direito, mas é o direito que garante legitimidade dos ocupantes do poder. O sociólogo vai fazer outras reduções. Ele pode afirmar que o direito é um instrumento de dominação de uma classe sobre as demais, um processo de resolução de conflitos ou serve para estabilizar expectativas, entre outros. Este último é, da perspectiva da sociedade contemporânea, importantíssimo, porque está vinculado à coordenação entre diversas partes de uma sociedade que se torna cada vez mais especializada.

⁹ Com bem já dizia Kelsen, o direito, enquanto ciência, se baseia em relações de imputação e não de causa e efeito KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.. Estas últimas são próprias das ciências da natureza. Nas ciências sociais, as relações causais são mais difíceis e exigem supostos metodológicos muito fortes.

Se as afirmações são complicadas, muito mais difíceis são os seus pressupostos. O trecho carrega uma certa ideia de sociedade. Enquanto a representação de uma sociedade de fato, ela dialoga diretamente com o corpo de teoria próprio das ciências sociais. E não resiste a um exame mais atento. Assim, o trecho relaciona, por exemplo, a boa sociedade com uma sociedade harmoniosa e pacífica. No entanto, como já mostrou Simmel (1904a; c; b), o conflito não só é uma parte absolutamente central de qualquer grupo, como é uma forma de relação social como outras. Uma sociedade sem conflito não é uma utopia irrealizável, é um sem sentido empírico. A realização acompanha boa parte da produção sociológica, incluindo aí a sociologia marxiana. Aliás, para Marx, o conflito é o próprio motor da história (vide, por exemplo, MARX, 1973; 1993; 2000). Relacionar desenvolvimento com redução de desigualdade é, por outro lado, uma pretensão importantíssima de boa parte da ciência econômica (SEN, 2000). E isso não se consegue por meio de leis, embora, claro, elas possam ajudar. Mas, a relação entre desenvolvimento e diminuição da desigualdade não é inevitável. Aliás, boa parte do desenvolvimento (no caso brasileiro, por exemplo) implicou em uma brutal concentração de renda, sob cujos efeitos penam milhões compatriotas nossos até hoje. E isso foi o resultado de uma política econômica segundo à qual, nas palavras de um antigo prócere destas terras, “era preciso fazer o bolo crescer para depois dividir”.

De nada adiantam todos os argumentos acima, todavia. A doutrina jurídica não está disposta a dialogar com o conhecimento das ciências sociais, mesmo se ela estiver se aventurando nos assuntos sobre os quais as ciências sociais tenham muito a dizer, e a doutrina jurídica faria melhor que se não dissesse nada. Desentender o contexto e a teoria social equivale a negar os saberes se constroem levando-os à sério. Poderíamos, portanto, sintetizar o desentendimento entre as ciências sociais e o direito assim: os cientistas sociais não conseguem entender (embora eles digam que entendam) a importância que tem para os juristas as razões de decidir e a própria decisão, e os juristas, por sua vez e de uma maneira geral, não veem (embora digam — e pelo menos alguns deles em alto em bom som — que percebem claramente) o contexto social ao qual pertence o seu saber. Cada um dos saberes nega ao outro aquilo que o outro considera mais caro e mais fundamental.

O (des)encontro

Vamos olhar tudo isso por um outro ângulo. O impasse não encontra solução se não percebermos todos os fenômenos acima como parte de um mesmo sistema. O ponto é que os juízos que o direito faz sobre o seu papel não são afirmações sobre o mundo, não pertencem ao reino da sociologia. A mais correta transcrição do trecho que reproduzimos atrás seria a seguinte: “a paz, o equilíbrio das relações sociais, a evitação do conflito, o desenvolvimento do grupo social, a redução das desigualdades são bons” — e bons no sentido da ética. Em outras palavras, ele conforma o que seria a boa vida ou, no caso, a boa sociedade. Cada um dos elementos do trecho representa um valor que nos é caro enquanto coletividade, e, juntos, eles expressam uma identidade social. Claro, numa sociedade plural e desigual como a nossa, há, por certo, perspectivas diferentes sobre quais seriam seus valores mais centrais. Mas é possível afirmar, pelo menos provisoriamente, que os valores representados no trecho tem certa generalidade e talvez sejam, até mesmo, hegemônicos dentro do campo jurídico. E o campo jurídico, por sua vez, representa uma visão de mundo muito mais próxima do Brasil dos bacharéis, urbano, de classe média, próximo à costa que a visão de mundo prevalente no sertão da Bahia, por exemplo. O interessante para o nosso assunto não é sua origem social, contudo. O que nos interessa é o fato de a doutrina jurídica passar juízos sobre a boa sociedade como se fossem argumentos sociológicos. Isso significa, num outro plano, uma dupla negação: negar que eles sejam valores e, que a doutrina esteja discutindo a identidade social que é a nossa. À qual necessidade sociológica corresponde a alienação proposital que o direito brasileiro constrói para si mesmo?

No fundo, o paradoxo da situação está no seguinte: o direito nega o seu pertencimento a uma sociedade e a uma tradição propriamente brasileiras, mas constrói a recusa a partir de juízos sociológicos que, por sua vez, reintroduzem os valores que fazem parte da tradição cujo pertencimento ele precisa negar. Veja o leitor que a fórmula acima repete, num outro contexto, a estrutura que mencionamos no começo deste texto, quer dizer, a oposição entre a ignorância intencional e a necessidade do diálogo. O paradoxo ganha uma outra dimensão se colocarmos nesta relação a técnica jurídica. Dito de outro jeito, a alienação

proposital salva, aparentemente pelo menos, a pureza desta última, quer dizer, a sua distância da sociedade sobre a qual ela se aplica. Isso porque a discussão dos valores e da identidade estaria restrita aos objetivos e à função do direito. Claro, isso não acontece desta forma na prática cotidiana da justiça, como os capítulos deste livro abundantemente o comprovam. Com isso quero dizer que a todo momento a sociedade encontra seu caminho de volta até o direito. Mas isso não significa que a alienação não seja bem sucedida. A sua perpetuação ao longo dos últimos anos afirma justamente o contrário. O que o direito consegue não é eliminar a sociedade de si mesmo, mas construir-se como alteridade a ela. E, para haver alteridade, é preciso, neste caso, haver desencontro. Nestes termos, a ignorância faz parte de um delicado mecanismo que o direito brasileiro constrói para, simultaneamente, relacionar, intervir e, num outro plano, dialogar com a sociedade que o cerca. Mas, mais do que isso, para o bom funcionamento da equação acima, é necessário um segundo passo: o direito brasileiro recusa reconhecer a ruptura que ele mesmo cria (ABREU, 2013c).

Parte da minha pesquisa nos últimos anos tem lidado justamente com essa questão. A minha hipótese (parte da qual foi desenvolvida a partir dos trabalhos apresentados neste volume) é que o direito brasileiro se constrói contra a sociedade. Isso quer dizer que as suas categorias — propositadamente — se opõem às formas espontâneas de relação social, particularmente a questão da troca, centrais não apenas para a nossa sociabilidade de uma maneira geral, como também para a política (isso já está presente em vários momentos do pensamento social brasileiro de viés jurídico, entre outros, LEAL, 1948; VIANNA, 1999; SOARES DE SOUZA, 2002). A hipótese não é uma versão mais recente da crítica de caráter sociológico segundo a qual o direito, enquanto um fenômeno derivado de necessidades sociais mais profundas, tem como um de seus objetivos tomar partido na dominação de uma classe sobre as demais (ALTHUSSER, 1987; GRAMSCI, 2002; MARX, 2005). É preciso admitir que a manutenção de um certo arranjo institucional é um dos papéis que o direito cumpre — o que, numa sociedade desigual como a nossa, tem claros beneficiários. Mas a ideia de que o direito brasileiro se constrói contra a sociedade quer dizer algo um pouco diferente. Como vimos, o direito propositadamente ignora o contexto social no qual está inserido em alguns contextos; noutros, simplesmente o nega. O ponto é que ele leva essa ruptura ao extremo e inverte a relação de correspondência que outros sistemas jurídicos estabelecem entre sociedade e direito. Nestes, ima-

gina-se que o direito é a representação, sob o manto da técnica jurídica, de uma maneira de ser que é a da própria sociedade que ele pretende regular. Haveria aí uma coerência entre eles. No nosso caso acontece justamente o contrário. Fugiria muito dos propósitos desta introdução reproduzir a demonstração da hipótese. O que não tem muita importância para o presente argumento. Mesmo desconhecendo ou discordando de que possa haver boas razões para tanto, a oposição que descrevemos é um fenômeno social e, portanto, observável: a ignorância e a negação propositais do contexto social, por um lado, e a recusa em reconhecer que elas existam, por outro.

Quando o cientista social ouve o que o direito diz ao invés de perceber o que isso significa, ele está aceitando uma palavra que não é a dele. Faria melhor em ouvir não o que dizem os juristas, mas em entender o que isso quer dizer. Mas não é possível deixar de colocar aqui a seguinte questão: o que o (des)encontro com o direito pode nos dizer sobre as ciências sociais? Aparentemente, pelo menos, elas também recusam-se a ver no direito a representação de valores que nos caracterizariam enquanto coletividade. Afinal, tanto o direito quanto as ciências sociais vêm de substrato social, ideológico em algo semelhante: formado por bacharéis (embora os cientistas sociais não se percebam assim), urbano, classe média, que representa uma visão de mundo que está mais perto do litoral do que do sertão. Num certo sentido, o desentendimento que o direito constrói com as ciências sociais é a afirmação da sua identidade enquanto direito. Ele diz simplesmente “nós somos diferentes, não somos sociologia, história, ciência política, economia ou antropologia, nós não nos submetemos a nenhum destes saberes”. Não aconteceria o mesmo com as ciências sociais? Contra o que as ciências sociais precisam se construir como alteridade? Infelizmente, fugiria muito aos propósitos deste texto desenvolver os caminhos que a pergunta propõe. Não é possível, neste momento, fazer mais do que evocar a possibilidade de que, talvez, haja aqui uma similitude mais profunda entre direito e ciências sociais. Assim enquanto o direito não pode admitir a sociedade para se relacionar com ela, as ciências sociais brasileiras talvez não possam igualmente reconhecer a importância dos valores que o direito aponta quando emite juízos aparentemente sociológicos. As ciências sociais talvez também precisem se construir enquanto alteridade da sociedade que elas, ao mesmo tempo, pertencem, pretendem desvelar e em relação à qual se colocam criticamente.

###

O livro é formado por 5 capítulos. O primeiro, “Uma análise etnográfica do processo de tomada de decisão na ADI de nº 3.510 pelo Supremo Tribunal Federal” de Larissa Melo, é o resultado de um trabalho de campo de 1 ano junto ao Supremo Tribunal Federal onde a autora trabalhou, primeiro, com estagiária e, depois, como terceirizada. Ele aborda o funcionamento da instituição naquilo que mais diretamente tem relação com a produção de decisões e mostra o caráter coletivo desta produção. O trabalho termina com a votação da ADI que contestava a constitucionalidade da lei sobre o uso de células tronco para pesquisa. O segundo capítulo, “Os Limites do Diálogo. Direito, Política e Linguagem no Mandado de Segurança 25.647/STF” de Bruno Furtado Vieira, examina o julgamento de José Dirceu que, à época, causou grande confusão nos meios políticos. O mandado de segurança foi impetrado pelos advogados de Dirceu contra a ordem pela qual foram ouvidas as testemunhas na Comissão de Ética e Decoro Parlamentar. De todos os trabalhos, este é o que faz menos uso de dados de campo. No entanto, ele é o resultado de uma sensibilidade propriamente etnográfica. E, justamente por isso, nele está mais visível a ambiguidade entre pesquisador / operador do direito que acompanha a todos os outros. O terceiro, “O cotidiano de uma grande tese. Os bastidores da advocacia e suas estratégias” de Nathalia Gomes Pedrosa, é o resultado da experiência da autora com estagiária de um escritório de advocacia especializado nos tribunais superiores. O quarto, “Uma Etnografia do Algodão. O caso da OMC” de Paula Azevedo, também resulta da experiência da autora em um escritório em Genebra. Ele relata o caso no qual o Brasil ganhou o processo contra os subsídios dados pelo governo dos Estados Unidos aos plantadores de algodão daquele país. Por fim, o último capítulo, “Se o meu fato falasse. Um olhar etnográfico sobre a construção dos fatos na audiência trabalhista” de Wellington Holanda Moraes Júnior, examina como que os “fatos” de um processo são construídos por uma série de circunstâncias e micro-negociações que têm um caráter fortemente marcado pelo inesperado, pelas estratégias dos advogados e pelos interesses institucionais do juiz. Embora muito diferentes em seus objetos, coletivamente os trabalhos trazem a mesma preocupação em examinar o direito como um conjunto de práticas quotidianas e, por isso mesmo, fragmentadas, eventuais e, por vezes, contraditórias com as pretensões de consistência e coerência que o senso comum jurídico usa para descrever o direito.

Bibliografia

ABREU, L. E. L'Etat contre la société. La norme juridique et le don au Brésil *Droit et Société*, v. 83, p. 137-154, 2013a.

_____. Les différentes traditions juridiques. In: DELMAS-MARTY, M. e MARTIN-CHENUT, K. (Org.). *Les figures de l'internationalisation du droit — Amérique latine*. Paris: Société de législation comparée, à paraître, 2013b.

_____. Tradição, direito e política. *Dados — Revista de Ciências Sociais*, v. à paraître, 2013c.

ALTHUSSER, L. *Aparelhos ideológicos do Estado. Notas sobre os aparelhos ideológicos do Estado*. 3ª. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1987.

AUSTIN, J. L. *How to do things with words. The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*. 2nd. Oxford: Oxford University Press, 1975.

BAPTISTA, B. G. L. *Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabis Ed, 2008.

BERNSTEIN, R. J. *Beyond objectivism and relativism: science, hermeneutics, and praxis*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1983.

BOURDIEU, P. La force du droit. Pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la recherche en sciences sociales*, v. 64, n. 1, p. 3-19, septembre 1986 1986.

_____. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.

BRASIL. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados. 2005 1989.

DA MATTA, R. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

DOUGLAS, M. *Como as instituições pensam*. São Paulo: Edusp, 1998.

EMERSON, R. M.; FRETZ, R. I.; SHAW, L. L. *Writing ethnographic fieldnotes*. Chicago: The University Chicago Press, 1995.

FEYERABEND, P. *Contra o método. Esboço de uma teoria anárquica da teoria do conhecimento*. 2ª. Rio de Janeiro: F. Alves, 1977.

GADAMER, H.-G. *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. 5ª. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993.

GRAMSCI, A. *Cadernos do cárcere. Maquiavel. Notas sobre o Estado e a Política*. 2ª. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

HABERMAS, J. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge, Mass: MIT Press, 1998.

HERMITTE, M.-A. Le droit est un autre monde. *Enquête*, v. 7, p. 17-37, 1998.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUHN, T. *The structure of scientific revolutions*. 3rd. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

LAKATOS, I.; MUSGRAVE, A., Orgs. *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento – quarto volume das atas do Colóquio Internacional sobre Filosofia da Ciência, realizado em Londres em 1965*. São Paulo: Editora Cultrix & Editora da Universidade de São Paulo, 1979.

LATOUR, B.; WOOLGAR, S. *Laboratory life. The Construction of scientific facts*. New Jersey: Princeton University Press, 1986.

LEAL, V. N. *Coronelismo, enxada e voto. O município e o regime representativo no Brasil*. 1ª. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1948.

LÉVI-STRAUSS, C. Jean Jacques Rousseau, fundador das ciências do homem. In: (Org.). *Antropologia estrutural dois*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976. p.41-51.

MALINOWSKI, B. *Argonautas do Pacífico Ocidental. Um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné, Melanésia*. 2ª. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MARX, K. *Grundrisse : foundations of the critique of political economy (rough draft)*. London: Penguin Books, 1973.

_____. *A Contribution to the Critique of Political Economy*. Eletronic version. Marxists.org, 1993.

_____. *A critique of the German ideology*: Marx/Engels Internet Archive 2000.

_____. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2005.

MAUSS, M. *Sociologia e antropologia*. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

MOORE, G. E. *Principia Ethica – with the preface of the second edition and other papers*. Revised. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

SCHEPPELE, K. L. Constitutional Ethnography: An Introduction. *Law & Society Review*, v. 38, n. 3, p. 389-406, 2004.

SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SIMMEL, G. The Sociology of Conflict. I. *The American Journal of Sociology*, v. 9, n. 4, p. 490-525, 1904a.

_____. The Sociology of Conflict. II. *The American Journal of Sociology*, v. 9, n. 6, p. 672-689, Mar, 1904 1904b.

_____. The Sociology of Conflict. III. *The American Journal of Sociology*, v. 9, n. 6, p. 798-811, May, 1904 1904c.

SOARES DE SOUZA, P. J. Ensaio sobre o direito administrativo. In: CARVALHO, J. M. (Org.). *Visconde do Uruguai*. São Paulo: Editora 34, 2002. p.65-504.

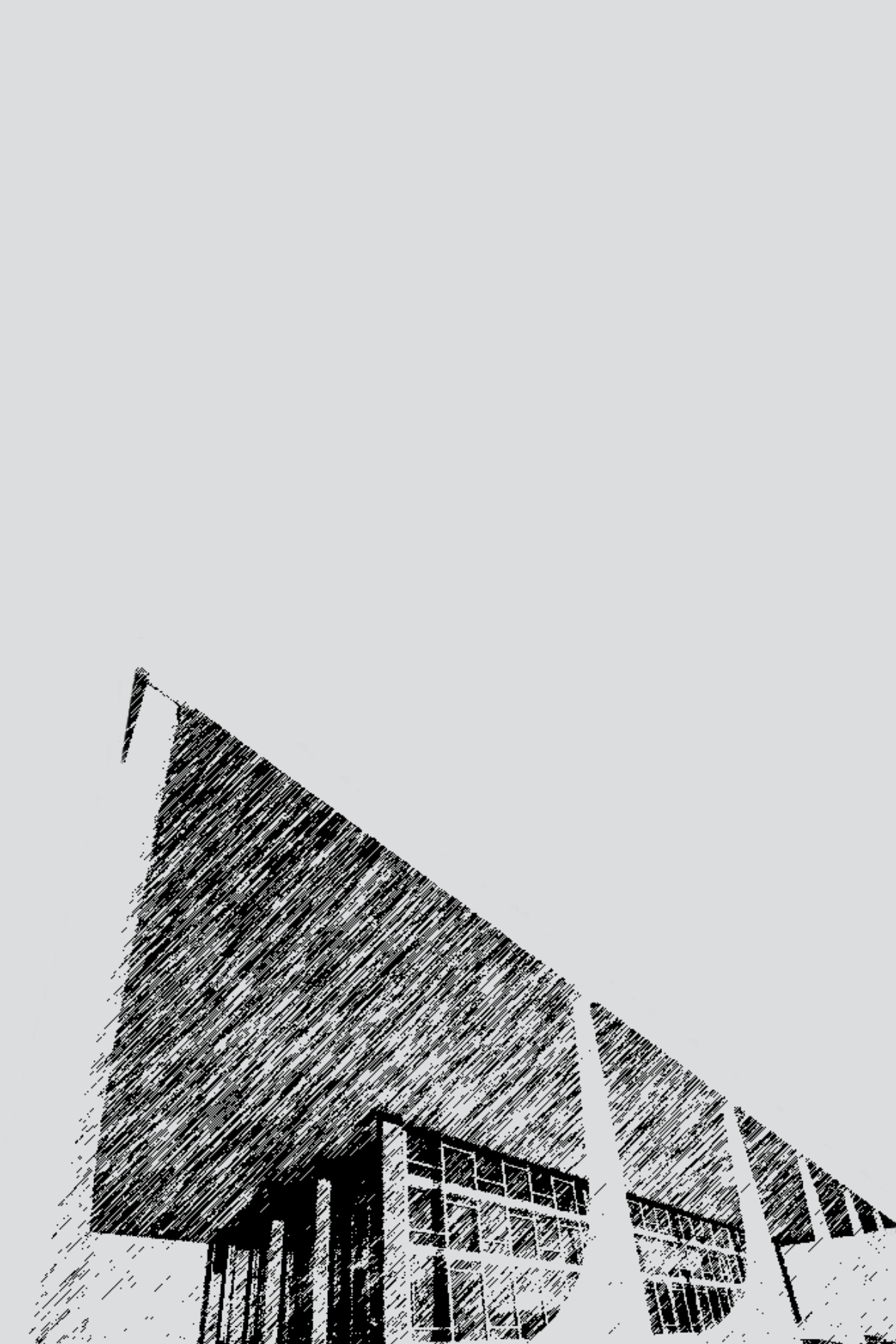
VIANNA, F. J. O. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

WARAT, L. A. O sentido comum teórico dos juristas. In: FARIA, J. E. (Org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Editora da UnB, 1988. p.31-40.

WEBER, M. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 5ª. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.

WITTGENSTEIN, L. I. A lecture on ethics. *The Philosophical Review*, v. 74, n. 1, p. 3-12, Jan 1965.

_____. Notas sobre o *Ramo de ouro*, de Frazer. *Religião e sociedade*, v. 19, p. 111-126, 1998.



UMA ANÁLISE ETNOGRÁFICA DO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO NA ADI DE Nº 3.510 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Larissa Melo

Introdução

A constitucionalidade da lei de Biossegurança foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510, em virtude de autorizar, em seu art. 5^o¹, a utilização na pesquisa científica de células-tronco de embriões humanos provenientes de fertilização *in vitro* e não implantados. Estes embriões são considerados descartáveis pela comunidade científica, vez que, depois da gravidez bem sucedida, eles são guardados e, posteriormente, jogados fora. Da maneira pela qual o Supremo Tribunal Federal entendeu a questão, a discussão dogmática residia no direito à vida destes embriões: caso fossem considerados como “vida humana” pelo STF, os embriões seriam protegidos pelo art. 5^o da CF/88²; caso contrário, a lei restaria constitucional. Os cientistas, por sua vez, alegavam que a utilização dessas células-tronco permitiria a formação de diversos tecidos humanos artificialmente para tratamentos de saúde, o que também é direito fundamental

¹ Lei de nº 11.105/2005, art. 5^o “É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I — sejam embriões inviáveis; ou II — sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1^o Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2^o Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3^o É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”.

² Constituição Federal, art. 5^o, caput: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

preservado pelo art. 6º da CF/88³. O julgamento desta ADI gerou grande expectativas na sociedade e envolveu, aparentemente pelo menos, a abertura da Corte à participação do cidadão no processo de tomada de decisão. Além disso, o STF foi a primeira Corte Constitucional a enfrentar a questão de pesquisa com células-tronco embrionárias.

A proposta deste artigo é estudar o processo de tomada de decisão do STF, a partir do julgamento da ADI de nº 3.510. O material empírico da pesquisa consiste em arquivos dos julgamentos gravados do STF, entrevistas, reportagens, notícias sobre a Instituição, e minhas observações em campo. Em todo o material foi aplicada uma sensibilidade etnográfica, que nada mais é do que o “estudo dos elementos centrais das políticas legais, usando métodos que sejam capazes de captar os detalhes vividos no panorama político-jurídico” (SCHEPPELE, 2004. p. 395). As observações de campo consistiram de anotações (*fieldnotes*) redigidas a partir do convívio com os funcionários, ministros e demos participantes do campo jurídico e social que cerca o STF. As anotações são importantes para transformar a experiência em conhecimento (EMERSON, 1995).

A etnografia se centrou nas complexas relações políticas, jurídicas, históricas, sociais, econômicas e culturais que revelam contextos para além da lógica da correlação entre o STF e os demais atores (leia-se Poderes Executivo e Legislativo). Ou seja, o método etnográfico foi utilizado para desvelar a conformidade dos atos normativos, o que chamaremos aqui de “normas escritas” (leis, regulamentos, regimentos, etc.), com a prática, quer dizer, com as “normas não escritas”⁴, com o *habitus*⁵ deste grupo social. Minha hipótese interpretativa con-

³ Constituição Federal, art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

⁴ De fato a definição de regras “não escritas” é demasiadamente complexa. Mas as palavras de Lévi-Strauss (1986. p. 93) esclarecem no sentido de revelar o modo em que as relações de um determinado meio acontecem: “*Os homens não agem, enquanto membros do grupo, em conformidade com o que cada um sente enquanto indivíduo: cada homem sente em função da maneira como lhe é permitido ou prescrito conduzir-se. Os costumes são dados como normas externas e estas normas insensíveis determinam os sentimentos individuais, assim como as circunstâncias em que poderão, ou deverão manifestar-se*”.

Sobre as regras “não escritas” Abreu (2005) apresenta suas várias formas de manifestação como por meio de costumes, comportamentos, etiquetas, mas em especial por meio das normas de linguagem.

⁵ A noção de *habitus* que utilizamos advém de Bourdieu (1989). Portanto, entenderemos *habitus* como tendências incorporadas pelos atores do campo o que torna esse elemento um capital cultural. De certo modo, esse *habitus* pode ser uma regra “não escrita” que permeia o campo, mas na concepção apresentada por Bourdieu, nem sempre a noção será correspondente, de modo que pode haver *habitus* que não sejam regras “não escritas” do campo.

siste em apontar nos votos da ADI de nº 3.510 a existência da relação entre essas “regras escritas” e “não escritas”.

Para tanto, este artigo se divide em três partes. A primeira será dedicada à compreensão do funcionamento⁶ do STF, justamente para verificar fatores que influenciam no processo de tomada de decisão de um determinado processo. Desenvolveremos, na segunda parte, a análise da casuística da ADI de nº 3.510. Mas não estamos interessados na constitucionalidade da lei de Biossegurança ou na correção da decisão; mas, em desvelar do caminho a que se chegou à decisão, não importando concretamente para este trabalho a decisão tomada por cada ministro⁷. Por fim, na última parte do trabalho, analisaremos o movimento do campo jurídico brasileiro, no que tange a esse processo de tomada de decisão.

O campo e a antropóloga

Eu tive dois momentos distintos na coleta de dados no STF. Primeiramente comecei a frequentar as sessões plenárias do STF às quartas e às quintas-feiras, e, posteriormente, passei a observar o funcionamento interno do Tribunal na condição de estagiária. A percepção do tribunal mudou radicalmente com a mudança da minha inserção. Na primeira fase de minha pesquisa eu não pertencia ao meio⁸, de modo que, estava sempre um tanto deslocada. Qualquer pergunta era abusiva, afinal o que uma estranha queria saber sobre o que acontece nos intervalos da sessão no salão “dos ministros”? De certo, todas as minhas perguntas pareciam inconvenientes, por uma razão simples: elas realmente eram inapropriadas, não condiziam com as regras “não escritas” do campo. O momento em que passei

⁶ A idéia de funcionamento que colocamos aqui não deriva do funcionalismo, tal como presenciamos em Durkheim (1977), onde há uma divisão de sistemas cada qual realizando sua função em prol da permanência do todo. A concepção de funcionalismo que utilizamos aqui é mais simples, recorre à noção da maneira como a Instituição em estudo se coloca em movimento para cumprir com suas obrigações determinadas no texto constitucional.

⁷ O desvelar do caminho percorrido para se chegar à decisão consiste em uma analogia do caminho da descoberta de Popper (2003), embora, claro, de uma maneira não popperiana. O ponto de Popper é que o importante não é o caminho que leva a descoberta, mas a capacidade da teoria científica ser ou não refutável. Ao contrário de Popper contudo, para nós o que interessa não é a justificativa da decisão propriamente dita (no sentido da sua correção normativa), mas o caminho que levou a ela.

⁸ Quando digo que não pertencia ao meio quero dizer que não me enquadrava como um funcionário do Tribunal, pois, de fato, eu já pertencia como estudante de direito — por mais marginal que fosse o meu pertencimento.

ao estamento⁹ de estagiária do STF tudo mudou. Novas perspectivas me foram reveladas e a postura enquanto antropóloga teve que ser alterada. Eu não podia mais fazer as perguntas inconvenientes, mesmo porque muitas das perguntas não eram respondidas, porque não precisavam. As respostas estavam claras no campo, e podemos dizer que, em grande parte, não passavam de regras “não escritas” do meio. Mais ainda, como estagiária, os julgamentos ganharam outros sentidos. Os funcionários a todo momento estavam especulando o resultados dos julgamentos, a partir do contexto que envolvia muito mais do que apenas a técnica jurídica. Ao mesmo tempo que se imaginavam os resultados prováveis, explicavam-se os resultados inesperados dos julgamentos. Muito deste comentário baseava-se na compreensão de regras “não escritas” que, da perspectiva dos funcionários, definiriam em alguma medida o comportamento e as decisões dos ministros.

Um outro exemplo de como minha relação mudou foi a importância que o uso de certos nomes passou a ter. Certa vez enquanto, estava visitando as sessões, percebi que os funcionários e os ministros costumavam se referir ao Tribunal sempre por Supremo. O Tribunal é sempre nomeado como “O Supremo Tribunal Federal” pela mídia e acadêmicos do direito constitucional ou, ainda, por meio da sigla “STF”. Mas os funcionários que percorrem o meio não se referem ao Tribunal deste modo. O modo usual de se referir ao Tribunal nos corredores do STF é Supremo. Em primeiro momento, esta forma de chamar o Tribunal não apresenta nada de inovador, entretanto, na verdade é como se fosse um elemento de identificação dos pertencentes a essa parte do campo. O que notei é que, dentre os vários meios de identificação de quem pertence ou não à estrutura do STF, a expressão Supremo é um elemento de identificação e uma forma de dar-lhe vida. Não se trata do trabalho de um ou dois funcionários, ou até mesmo de um grupo de ministros, mas da Instituição em si, o Supremo.

De todo modo, adentrei o Supremo pertencendo a um estamento que possui suas limitações de pesquisa, porque não me inseria no meio das trocas

⁹ Ao descrever o modo de “dominação tradicional” Marx Weber (1992. p. 352) descreve bem o que é um sistema estamental: “os servidores não são pessoalmente do senhor, e sim pessoas independentes, de posição própria, que angariam proeminência social. Eles estão investidos em seus cargos (de modo efetivo ou conforme a ficção de legitimidade) por privilégio ou concessão do senhor, ou possuem, em virtude de um negócio jurídico (compra, penhora ou arrendamento) um direito próprio ao cargo, do qual não se pode despojá-los arbitrariamente. Assim, sua administração, ainda que limitada, é autocéfala e autônoma, exercendo-se por conta própria e não por causa do senhor”.

políticas. Os meus dados se restringem àqueles que podem ser obtidos por um “mero expectador”¹⁰, sem ter acesso aos detalhes mais reservados. Assim, resolvi por enfocar o plenário do Supremo, já que nesse espaço ocorreram as sessões que julgaram a ADI de nº 3.510.

A preferência dos processos

Os julgamentos das ações diretas de constitucionalidade, o que inclui o julgamento da ADI nº 3.510, são apreciadas pelo plenário do Supremo, composto por 11 ministros indicados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal (CF/88, art. 101, parágrafo único)¹¹. Nesse sentido, a composição desse Tribunal é política, sem, entretanto, desmerecer o conhecimento jurídico dos escolhidos.

De fato, essa visão do Supremo como Corte Política é bastante controversa¹². Mas a pesquisa de campo revelou que é dessa forma que o Supremo se vê. Esse entendimento é claramente discutido nos corredores da Corte, principalmente porque essa concepção do Tribunal define a ordem de preferência para julgamento dos processos. Inclusive o próprio Plenário do Supremo já se

¹⁰ Quando se fala em “mero expectador” no pensamento de Gadamer (1993) temos a figura de ator que participa no meio, pois sua condição de assistir o jogo que se desenvolve no meio implica em interação por reações diversas. Portanto, a condição que tinha no campo de observação permitia certa interação com as pessoas do campo (GADAMER, 1993), mas não me concedia acesso a todas as trocas efetuadas entre os atores do campo (para compreender melhor a questão da troca leia-se ABREU, 2005 e MAUSS, 2001).

¹¹ Constituição Federal, art. 101: “O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

¹² Sobre esse ponto, cumpre indicar o posicionamento contrário ao STF como Corte Política. Nesse sentido que se expressa aqui as palavras de Dimitri Dimoulis ao se posicionar contrariamente ao STF como Corte Constitucional dotada de composição política ao dizer: “contudo, um estudo empírico-‘performático’ de atividade decisória desse Tribunal demonstraria com facilidade o apego a formalismos que impedem a tomada de decisões do mérito e a ausência de elaborações dogmáticas abrangentes e consistentes. Isso permite criticar a atuação concreta do Supremo Tribunal Federal como eminentemente (e inevitavelmente) política, como bem observa uma parte minoritária da doutrina” (DOMOULIS, 2008, p. 33) mais a frente ainda afirma que “[...] carecem de fundamento as afirmações sobre o suposto monopólio interpretativo do Supremo Tribunal Federal. Quando o Tribunal afirma sua ‘função institucional, de ‘guarda da constituição’ (CF, art. 102, caput), confere-lhe o monopólio de última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental temos simplesmente uma tentativa de monopolizar o controle em detrimento das demais autoridades e sem embasamento constitucional satisfatório” (DOMOULIS, 2008, p. 35).

manifestou neste sentido, conforme expressa as palavras do ministro Eros Grau no julgamento da ADI de nº 3.833, min. rel. Carlos Britto, DJ de 14.11.2008:

Senhora Presidente, quanto à competência do Supremo, desejo reafirmar que ele é um tribunal político porque cuida da viabilidade da polis e a provê. É um Tribunal político porque deve compreender a singularidade de cada situação no âmbito da polis. A lição de Pedro Lessa, lembrada pela Ministra Cármen Lúcia, é simplesmente ontológica.

O debate é por demais extenso para ser exposto neste trabalho, já que essa questão é intensamente discutida desde os embates entre Hans Kelsen e Carl Schmitt¹³. Mas, se é fácil apontar que a Corte se percebe como política, não é tão simples assim afirmar o que se entende por Corte política. As manifestações dos ministros são sempre pontuais e, nem sempre, desenvolvem o que exatamente isso quer dizer. Se os ministros afirmam que o Supremo é uma Corte Política, estas afirmações são carregadas de uma retórica, nem sempre clara, tampouco defendida afincamente. Os funcionários do Supremo, por seu turno, também afirmam que o Supremo é uma Corte Política; no entanto, não se trata, entre estes, de uma afirmação impensada. Pelo contrário, está no próprio planejamento estratégico do Tribunal de 2009 a 2013. Segundo este, Tribunal espera “ser reconhecido como Corte Constitucional, referência na garantia dos direitos fundamentais, na moderação dos conflitos da Federação e na gestão administrativa”¹⁴. O planejamento resultou de reuniões e debates entre chefias de seções das quais não participaram os ministros. As reflexões fizeram surgir o seguinte mapa de atuação estratégica:

¹³ Os debates entre Hans Kelsen e Carl Schmitt giram em torno da questão de quem seria o legitimado para controlar a constituição, ou seja, quem exerceria a jurisdição constitucional. Hans Kelsen (2003) defendia a conformação de um Tribunal autônomo e de composição política, ao passo que Carl Schmitt (2007) posicionava-se pela atribuição desse controle da constituição ao *Father do Reich*, pois os juizes não exerceriam uma função política, mas de mera aplicação da lei. De certo, ambos posicionavam-se contra o modelo até então existente de controle jurisdicional de constitucionalidade exercido de forma difusa, como no modelo norte-americano (LEAL, 2007).

¹⁴ Esta informação consta em diversos quadros dispostos no Tribunal, bem como consta no endereço eletrônico do STF na parte referente ao planejamento estratégico. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 07.10.2009.



Figura 1 — Quadro obtido junto ao Planejamento Estratégico do STF. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 07.10.2009

A percepção de que o Tribunal é uma Corte Política (Constitucional)¹⁵ tem implicações para o funcionamento do Supremo, principalmente no que se refere ao julgamento dos processos. Assim, os ministros preferem levar a julgamento e acelerar a votação de processos próprios de uma Corte Política (Constitucional) como a ação direta de inconstitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob fundamento do art. 129 do RISTF¹⁶. Ademais, a decisão de ação constitucional de controle concentrado¹⁷ possui efeitos *erga om-*

¹⁵ Atualmente, verifica-se a existência de dois modelos de jurisdição constitucional, que influenciam de forma direta o procedimento no âmbito da Corte Constitucional brasileira: a Suprema Corte dos Estados Unidos (Suprema Corte) e os Tribunais Constitucionais da Europa (Corte Constitucional) (FERNÁNDEZ, 2003, p. 57-58). Entretanto, esses modelos, supostamente antagônicos, coexistem no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, o que enseja dificuldades de definição do STF como uma Corte Constitucional ou Suprema Corte. Para compreender melhor o tema da Corte Constitucional e sua configuração política leia-se Favoreu (2004) e para o estudo do suposto antagonismo entre esses modelos de jurisdição constitucional leia-se Fernández Segado (2003).

¹⁶ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 129: “Em caso de urgência, o Relator poderá indicar preferência para o julgamento”.

¹⁷ Como veremos mais à frente, as ações de controle concentrado são ações constitucionais que o Tribunal aprecia diretamente a questão constitucional sem que se passe por outros Tribunais. A questão é que essas decisões são de efeito vinculante e se estende a toda a sociedade (efeito *erga omnes*), de modo que, todo o Poder Judiciário e Executivo ficam vinculados a essa decisão. Ainda há uma discussão sobre a vinculação do Poder Legislativo às decisões desse caráter do STF, entretanto, compartilhamos do posicionamento de que pela necessidade de liberdade de diálogo entre os Poderes, o Poder Legislativo não pode ficar vinculado, justamente para o equilíbrio entre os Poderes ser mantido (MENDES, 2007).

nes¹⁸. Isso significa que as decisões devem ser aplicadas aos demais casos que estão subindo ao Tribunal, o que reduz a carga de processos atrasados. Ou seja, a decisão tomada em ação direta de inconstitucionalidade repercute na decisão de diversos recursos extraordinários, agravos de instrumento, entre outros. Todavia, a preferência dos ministros conflito com o estabelecido no Regimento Interno do STF (RISTF). Este determina no art. 145¹⁹ que se deve dar preferência, no Plenário, os julgamentos de *habeas corpus*, processos que envolvam réu preso, mandado de segurança, entre outros.

O mesmo planejamento estratégico, resultado das mesmas reuniões entre os chefes de seção, estabelece como missão a do Supremo: “Assegurar o cumprimento e estabelecer a interpretação da Constituição Federal, de forma a construir cultura que garanta a sua efetividade”. Essa missão reflete o pensamento de que a Corte deve abrir-se à participação popular e ser capaz de levar em consideração questões que fogem da órbita do campo do direito. Nesse sentido, esse planejamento, que podemos entender como uma “regra escrita”, determina uma forma de agir que requer do Supremo o diálogo com diversos outros campos. Por conseguinte, o dado etnográfico consiste em que o Supremo, da perspectiva dos seus funcionários, vê-se como Corte Política (Constitucional), e essa concepção influencia diretamente no processamento das diversas ações e recursos no Tribunal. Ademais, a missão institucional enfatiza uma mudança na postura da Corte, na qual se inclui a interlocução com outros saberes.

O plenário do Supremo

A Corte situa-se na Praça dos Três Poderes, Brasília, praticamente no centro do Brasil. O Plenário possui um teto arredondado, e as cadeiras dos ministros estão dispostas em um retângulo que fica aberto na parte da frente, para a tribuna de sustentação oral. Atrás da tribuna, à esquerda e à direita do retângulo, fica a platéia. No fundo do retângulo, sentam-se o Presidente do STF, o Procurador

¹⁸ O efeito *orga omnes* consiste em os efeitos da decisão do Tribunal se estenderem não só as partes que participam daquele determinado processo, mas a sociedade incluindo nesse meio não só os cidadãos, mas os Poderes Executivo e Judiciário (FERNÁNDEZ, 2003).

¹⁹ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 145: “Terão prioridade, no julgamento do Plenário, observados os arts. 128 a 130 e 138: I — os habeas corpus; II — os pedidos de extradição; III — as causas criminais e, dentre estas, as de réu preso; IV — os conflitos de jurisdição; V — os recursos oriundos do Tribunal Superior Eleitoral; VI — os mandados de segurança; VII — as reclamações; VIII — as representações; IX — os pedidos de advocação e as causas avocadas”.

Geral da República e o Secretário do Pleno. Este à esquerda e aquele à direita do Presidente, conforme determina o RISTF no art. 144²⁰. Atrás da cadeira do Presidente está uma parede toda trabalhada com diversas “semi-luas” de igual tamanho, à exceção de uma, à esquerda, que, além de maior que as outras, emoldura um crucifixo. Certo dia, ao passar pela exposição da linha sucessória dos ministros do STF, descobri que há aí uma simbologia. O funcionário explicou-me com semblante sério que o significado das meias-luas é que todos somos iguais e submissos ao controle do Tribunal; e, que acima do decidido como justo por essa Corte só está, dentro do território brasileiro, a justiça divina. Nas laterais do quadrado, dispõem-se os demais ministros por ordem decrescente de antiguidade, da direita do Presidente para esquerda (art. 144 do RISTF). Assim, à direita do Presidente está o Ministro mais antigo, à esquerda o segundo mais antigo; na segunda fileira, à direita, o terceiro mais antigo, à esquerda o quarto — e assim sucessivamente. Esse retângulo possui um espaço no meio, onde, antigamente, trabalhavam os taquígrafos. Além disso, o retângulo fica disposto em um nível superior ao do piso das cadeiras destinadas ao público, tanto da frente como dos lados. Note-se que a disposição do Plenário tem lá suas implicações simbólicas. Ela demonstra que os ministros falam entre si e não para o público, pois o “círculo” de debate é fechado de modo que todos os ministros estão sempre de costas para a maior parte do público que se instala nas laterais do Plenário.

A cadeira de cada ministro possui um computador, um microfone e uma mini-estante com livros para consulta. Isso nos traz a impressão de que aqueles livros são importantes para os julgamentos, mas na verdade o importante está nos computadores. Isso, pois o STF possui um sistema de conversação *intranet* que possibilita que os ministros conversem entre si e com seus assessores. Todo bom assessor deve saber quando o processo que fez entra em pauta. Ele se prepara para prestar esclarecimentos ao ministro durante a sessão ou para ajudá-lo no caso de um debate oral com outro ministro. Nesses momentos, percebe-se a importância do computador, e a razão de seus olhares estarem sempre centrados na tela em um julgamento mais complexo. Isso acontece porque, na prática, os ministros não resolvem todos os casos. Quando o processo entra em

²⁰ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 144: “Nas sessões do Plenário, o Presidente tem assento à mesa, na parte central, ficando o Procurador-Geral à sua direita. Os demais Ministros sentar-se-ão, pela ordem decrescente de antiguidade, alternadamente, nos lugares laterais, a começar pela direita”.

determinado gabinete é distribuído entre os assessores de acordo com a matéria do processo: competência originária ou recursal em seus diversos focos (penal, civil, trabalhista, etc.). O assessor, por sua vez, repassa parte desses processos a seus funcionários (estagiários, analistas judiciários ou técnicos judiciários). Mas a dinâmica de cada gabinete é distinta. Cada gabinete é um meio social com suas próprias regras e organizações. Por exemplo, há ministros que fazem todas as decisões; outros distribuem-nas entre seus assessores; e outros ainda que passam para os assessores apenas os processos de controle difuso, ou seja, advindos de recursos extraordinários e agravos de instrumento.

No caso da ADI de nº 3.510, a declaração da constitucionalidade da lei de Biossegurança foi desconfortável para algumas Instituições da sociedade brasileira, como a Igreja. O próprio Papa em um de seus pronunciamentos divagou sobre “a ofensa as leis de Deus pelas pesquisas que envolvem a vida humana, em virtude do sacrifício de vidas inocentes”. Mas um mero comentário do Papa, em um Estado laico, não pressiona as Instituições, correto? Errado. Não podemos nos ater ao texto constitucional brasileiro para afirmar que, de fato, suas Instituições sejam imparciais em face das pressões religiosas. Apesar de o Brasil declarar-se laico, na Constituição Federal de 1988 (regra escrita), seu próprio preâmbulo usa a expressão “sobre a proteção de Deus”; além disso, como já vimos, as próprias paredes do Supremo refletem uma tradição cristã. Some-se a isso o fato de que a população brasileira é, em boa parte, cristã. Assim, quando o próprio Papa afirma que constituiria motivo para excomunhão a aprovação pelos poderes dos Estados de projetos que levem ao aborto, ele cria uma clara e forte pressão para que o Supremo decida a questão em determinando sentido.

De todo modo, essa decisão foi tomada em âmbito de um controle de constitucionalidade dito concentrado, o que já vimos não é o único meio de se aferir uma controvérsia constitucional. A outra possibilidade seria o controle difuso. Quando falamos em controle difuso precisamos considerar como funcionam os meios de controle de constitucionalidade em um Tribunal. Quando nos referimos ao controle de constitucionalidade concentrado, tratamos das decisões sobre a constitucionalidade de leis e atos levados ao órgão competente que os julga com caráter vinculativo (efeito *erga omnes*) (FERNÁNDEZ, 2003. p. 65). No entanto, ao indicar-se o sistema difuso, vislumbramos decisões de efeitos *inter partes*, que visam negar a aplicação de determinada lei ao caso concreto (FERNÁNDEZ, 2003. p. 64-65). Veja-se que, ao longo da história, esses mode-

los sempre foram colocados como antagônicos (FERNÁNDEZ, 2003), ou seja, a existência de um necessariamente excluiria o outro, entretanto, no STF há uma convivência desses modelos o que é uma característica frequente no âmbito da América Latina (BERNADES, 2001).

A razão da dualidade está nas diferenças estruturais dos modelos. No modelo estadunidense, a jurisdição constitucional é entregue ao órgão de cúpula do Poder Judiciário (Corte Suprema), enquanto, no modelo europeu-kelseniano, há um Tribunal de competência originária e concentrada, com o único intuito de definir os contornos da matéria constitucional (Corte Constitucional) (FAVOREU, 2004). Nesses moldes, veja-se que temos, no Supremo, tanto o controle de constitucionalidade concentrado (principal) atrelado à ideia do modelo europeu-kelseniano, quanto o difuso (incidental) baseado no modelo americano (FERNÁNDEZ, 2003. p. 64-65). No Brasil há o controle difuso à medida que é possível discutir questão constitucional desde a primeira instância do Poder Judiciário até o Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário²¹; e, ao mesmo tempo, funciona um controle concentrado de constitucionalidade, cuja competência também é do STF, onde se questiona diretamente na Corte a constitucionalidade de leis, medidas provisórias, emendas constitucionais etc.

Os despachos dos advogados são muito importantes para o processo de tomada de decisão. Na prática, o advogado prepara um memorial sobre o caso, explicando o litígio, de forma a favorecer sua parte. Geralmente, os advogados enviam esses memoriais ou despacham com os ministros sobre os processos que defendem quando perto dos julgamentos, no intento de, como dizem os advogados, “refrescar”²² a memória dos julgadores sobre o tema em lide. Esse movimento varia de gabinete para gabinete. Há ministros que não atendem os advogados diretamente; outros só atendem os advogados mais importantes; outros ainda apenas os advogados dos casos mais relevantes para o Supremo. Quando não é de interesse do ministro, em geral, essa tarefa é entregue aos assessores.

²¹ O Controle difuso de constitucionalidade conta com diversos recursos tais como o recurso extraordinário, agravo de instrumento, habeas corpus, habeas data, ação civil pública e ação popular. Quanto ao recurso extraordinário, este consiste em instrumento processual previsto constitucionalmente para assegurar a revisão de possível afronta ao texto constitucional por decisão judicial proferida em última ou única instância (CF/88, art. 102, III, alíneas *a* a *d*) (SOUSA, 2007).

²² O uso da palavra “refrescar” aqui não possui um tom pejorativo. O termo é bastante utilizado pelos advogados nos corredores. Por várias vezes registrei advogados conversando e falando sobre a necessidade de “refrescar” a memória do assessor ou do ministro sobre a questão.

O caminho natural dessa investigação nos levaria agora à análise dos votos, em especial das sessões e das audiências públicas. Entretanto, a pesquisa de campo revelou que se perfaz interessante compreender o funcionamento do Tribunal, antes de abordarmos o caminho que os processos percorrem, bem como as relações que acontecem dentro dos gabinetes, até chegarmos aos ministros.

O processamento inicial

Há várias vias de se chegar ao Supremo. Existe um extenso rol de ações constitucionais que permitem levar suas questões para a Corte²³. Todas essas ações passam por seções que promovem o chamado “processamento inicial”. Assim, elas passam por um crivo de admissibilidade e preparação para a distribuição, de acordo com as competências determinadas no RISTF. Segundo consta no RISTF, o registro de toda ação deve ser feito até o primeiro dia útil subsequente (art. 54, RISTF)²⁴. De fato isso acontece. Raramente o Tribunal fica com acúmulo de processos nessa fase. O trabalho é feito na Seção de Recebimento e Autuação de Processos — SERAP — que consiste basicamente em registrar a numeração dos processos de forma contínua, em conformidade com a classe a que ele pertença (agravo de Instrumento, *habeas corpus*, representação interventiva, mandado de segurança, petição, reclamação, recurso extraordinário, entre outros — art. 55, RISTF)²⁵. A ação de classificar não é complexa, já que as peças geralmente vêm com o nome da classe à qual pertencem já na primeira folha. O mais difícil para essa seção é trazer os dados do processo para o sistema informatizado, cha-

²³ De fato várias são as ações constitucionais. Em suma, podemos indicar o *habeas corpus* (HC), *habeas data* (HD), mandado de segurança (MS) — que pode ser coletivo —, mandado de injunção (MI), ação popular, ação civil pública, além das ações de controle concentrado de ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental, reclamação constitucional e representação interventiva.

²⁴ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 54: “As petições iniciais e os processos remetidos, ou incidentes, serão protocolados no dia da entrada, na ordem de recebimento, e registrados no primeiro dia útil imediato”.

²⁵ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 55: “O registro far-se-á em numeração contínua e seriada em cada uma das classes seguintes: I — Ação Cível Originária; II — Ação Penal; III — Ação Rescisória; IV — Agravo de Instrumento; V — Apelação Cível; VI — Arguição de Relevância; VII — Arguição de Suspeição; VIII — Carta Rogatória; IX — Comunicação; X — Conflito de Atribuições; XI — Conflito de Jurisdição; XII — Extradicação; XIII — Habeas Corpus; XIV — Inquérito; XV — Intervenção Federal; XVI — Mandado de Segurança; XVII — Pedido de Avocação; XVIII — Petição; XIX — Processo Administrativo; XX — Reclamação; XXI — Recurso Criminal; XXII — Recurso Extraordinário; XXIII — Representação; XXIV — Revisão Criminal; XXV — Sentença Estrangeira; XXVI — Suspensão de Direitos; XXVII — Suspensão de Segurança”.

mado de Módulo de Acompanhamento Processual — MAP. Essas informações consistem no nome das partes, dos advogados, dos interessados e do número de volumes que o processo tem:

[illegible]

Figura 2 — Módulo de Acompanhamento Processual (MAP)

Para nosso estudo importa principalmente a ação direta de inconstitucionalidade. O seu caminho pelo Tribunal inicia-se na seção de recebimento e autuação de processos, onde os processos são registrados no MAP. Após esse registro, as ADIs são encaminhadas para Seção de Classificação de Assuntos — SECLA, onde as ações passam por novo controle antes de serem distribuídas aos gabinetes. A distribuição é feita pela seção de prevenção e distribuição — SEPDIS — que promove a distribuição de forma aleatória, feita por programa de computador com base nos dados gravados no sistema.

Entretanto, muito do processo de funcionamento dessa Instituição nos é revelada pelos processos que chegam pelo controle de constitucionalidade difuso. Muitas das questões constitucionais que são discutidas em controle já estão, há muito tempo, sendo discutidas por meio de controle difuso. Apesar da diversidade de recursos, trataremos em especial do recurso extraordinário e do agravo de instrumento. Isto porque esses processos compõem a grande maioria

de recursos do Tribunal, conforme se verifica no gráfico abaixo:

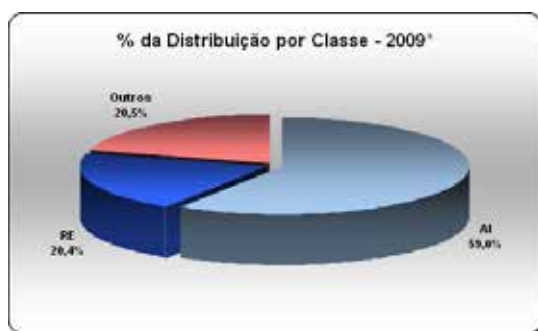


Gráfico 1 — Distribuição por Classe. Atualizado até setembro de 2009

Os dados do gráfico se tornam mais claros, quando olhamos os dados estatísticos do STF. Os dados indicam que do universo de 66.873 processos protocolados junto ao Tribunal no ano de 2008, 59.314 são recursos extraordinários e agravos de instrumentos, o que corresponde a 88,7% da distribuição de 2008²⁶. A questão que nos interessa é o caminho que os autos desses recursos extraordinários (RE) e agravos de instrumento (AI) percorrem no Tribunal.

Tal como ocorre com as ADIs, os REs e os AIs passam por um crivo de admissibilidade, isto é, em outras palavras, há um preparo e uma seleção dos recursos antes da distribuição. Eles entram na SERAP por meio de um dos protocolos que fica na lateral do térreo do anexo II-A ou no *drive in* na porta de serviço do Anexo II-A, e são registrados no referido MAP. Após essa fase, eles são levados à seção de análise processual, que funciona no térreo do anexo II-A. A seção de análise processual fica em uma sala grande, que possui várias cabines separadas por divisórias, sendo que cada uma possui um mini-armário e um computador. A estrada da sala fica após um longo corredor de janelas de vidro, que possibilitam que as pessoas da seção sejam vistas por aqueles que estão do lado de fora. Ao entrar na sala, há uma mesa com dois funcionários, responsáveis por receber a carga do protocolo com os processos. Já na parede dessas mesas, à esquerda de quem entra na sala, há várias prateleiras, onde são colocados processos que chegam para distribuição e processos que já foram analisados. Para não misturar, as prateleiras recebem papéis com identificação.

²⁶ Esses dados são fornecidos no Portal de Informações Gerenciais do STF. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12.03.2009.

Na parede dos fundos, está a entrada para duas salas: a copa e a sala do chefe. A copa fica à esquerda, é pequena, tem uma geladeira, uma mesa e materiais para preparar café. Logo depois da copa, há outras prateleiras, onde só são colocados os processos para revisão. É que todo processo que não leva a etiqueta de apto precisa ser revisado. Logo depois dessa estante, vem a sala do chefe. Essa sala possui estantes, uma mesa grande e vários armários. Para lá vão os processos que precisam de concerto no MAP ou processos mais complexos que precisem do despacho do chefe. Essa sala dá vista para a sala maior de vidro, de modo que o chefe possa ver toda a seção sentado em sua mesa. Na parede do lado direito da sala maior, há vários armários e uma estante, dentro deles também ficam processos já analisados. Nessa seção, os processos de RE e AI são distribuídos entre os funcionários, contando servidores, terceirizados e estagiários. Os processos, após distribuídos entre os funcionários, são dispostos em pilhas que ficam pelo chão, em cima dos armários ou das mesas. A distribuição é feita pelos dois funcionários da entrada, que são terceirizados. Apesar da “regra escrita” do Tribunal estabelecer que o terceirizado é hierarquicamente inferior ao servidor, os dois funcionários da entrada, apesar de terceirizados, são agradados como se servidores fossem, já que são eles que determinam quem recebe cada processo (que, a essa altura, se dividem em mais ou menos volumosos). Esses processos precisam ser analisados, e, como cada funcionário possui a sua quota de processos a serem examinados, agradar os funcionários da distribuição é importante, já que quanto menos volumosos e complexos os processos, mais rápida a meta é cumprida. De todo modo, a análise é guiada por “fichinhas”. Há três fichas, uma para os agravos de instrumento, outra para os recursos extraordinários e uma última para registrar a estatística do número de processos aptos e não aptos. Trazemos aqui as duas primeiras que nos são mais relevantes:

Núcleo de Análise Processual

Agravo de Instrumento (Peças obrigatórias) Protocolo/STF nº _____

Partes Recorrentes e Recorridas no *AI* e no *RE* conferem com registro do Protocolo/STF: ☐ Sim ☐ Não

Há RESP ☐ Sim Fls. _____ ☐ Não

Procurações

	Folhas	Não consta
I- Procuração do Agravante	Fls. _____	
II- Substabelecimento do Agravante	Fls. _____	
III- Procuração do Agravado-	Fls. _____	
IV- Substabelecimento do Agravado	Fls. _____	

Acórdão

I- Acórdão Recorrido	Fls. _____	
II- Certidão de Publicação do Acórdão Recorrido	Fls. _____	
III- Embargos de Declaração	Fls. _____	
IV- Acórdão dos Embargos	Fls. _____	
V- Cert. de Publicação do Acórdão dos Embargos de Declaração	Fls. _____	

Recurso Extraordinário

I- Petição de Recurso Extraordinário	Fls. _____	
II- Contra Razões ao Recurso Extraordinário ou Certidão <i>in albis</i>	Fls. _____	
III- Decisão Agravada	Fls. _____	
IV- Certidão de Publicação da Decisão Agravada	Fls. _____	

Análise da Tempestividade

RE			Prazo: _____ dias	Tempestividade
Publicação do Acórdão recorrido	____/____/____ -feira	Interposição do RE	____/____/____ -feira	
AGRAVO			Prazo: _____ dias	
Publicação da Decisão Agravada	____/____/____ -feira	Interposição do Agravo	____/____/____ -feira	

Repercussão Geral: ☐ Anterior a 3. 5.2007 ☐ Sim Fls.: _____ ☐ Não

Agravo de Instrumento analisado por: _____ Revisado por: _____

Data: ____/____/____

Obs.: _____

Núcleo de Classificação de Assuntos

Existência no Plenário Virtual - Lançado ☐ Não-lançado ☐

Há repercussão geral ☐ RE nº _____

Não há repercussão ☐ RE nº _____

Pendente de análise ☐ RE nº _____

Analisado por _____ Data: _____

* Ficha para análise do agravo de instrumento

Núcleo de Análise Processual				
RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REQUISITOS FORMAIS				
Protocolo/STF nº _____				
PARTES RECORRENTES E RECORRIDOS DO RE CONFEREM COM REGISTRO DO PROTOCOLO/STF: () SIM () NÃO				
TEM RECURSO ESPECIAL: () SIM () NÃO				
RESP PROVIDO				
RESP PARCIALMENTE PROVIDO				
RESP NEGADO				
RESP DETERMINA NOVO JULGAMENTO DO ACÓRDÃO				
RECURSO EXTRAORDINÁRIO PREJUDICADO: () SIM () NÃO				
PROCURAÇÕES				
I- Procuração do Recorrente/subscritor do RE				Fls. _____
II- Substabelecimento do Recorrente				Fls. _____
RECURSO EXTRAORDINÁRIO				
I- Acórdão Recorrido				Fls. _____
II- Certidão de Publicação do Acórdão Recorrido				Fls. _____
III- Embargos de Declaração: () SIM () NÃO				Fls. _____
IV- Acórdão dos Embargos				Fls. _____
V- Certidão de Publicação do Acórdão dos Embargos de Declaração				Fls. _____
I- Petição de Recurso Extraordinário				Fls. _____
ANÁLISE DA TEMPESTIVIDADE				
RE			Prazo: _____ dias	Tempestividade
Publicação do Acórdão recorrido	____/____/____ ____-feira	Interposição do RE	____/____/____ ____-feira	
REPERCUSSÃO GERAL: () Anterior a 03/05/2007 () SIM () NÃO				
RECURSO EXTRAORDINÁRIO ANALISADO POR: _____				
Revisado por Data: ____/____/____				
Obs: _____				

Núcleo de Classificação de Assuntos				
Existência no Plenário Virtual - Lançado () Não-lançado ()				
Há repercussão geral	<input type="checkbox"/>	RE nº _____		
Não há repercussão	<input type="checkbox"/>	RE nº _____		
Pendente de análise	<input type="checkbox"/>	RE nº _____		
Analisado por _____		Data: _____		

*** Ficha para análise do recurso extraordinário**

A ficha do agravo de instrumento contém as informações de identificação do processo e se elas correspondem aos dados do processo no MAP. Os outros dados são os requisitos de admissibilidade do agravo de instrumento constantes no art. 544, §1º, do CPC. Assim, é preciso indicar se houve recurso especial ou

não, pois, caso a parte tenha questionado o acórdão com recurso especial²⁷ e recurso extraordinário²⁸, pode ocorrer de o julgamento do recurso extraordinário ficar sobrestado até a manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre o recurso especial. Desse ponto em diante, a ficha segue a ordem dos requisitos de admissibilidade, de modo que se indica o número das páginas da cadeia procuratória das partes, do acórdão recorrido²⁹ e da respectiva certidão publicação, dos embargos de declaração³⁰, caso existam, e sua certidão de publicação, da petição do recurso extraordinário, das contra-razões ao recurso extraordinário³¹ ou respectiva certidão *in albis*³², da decisão agravada³³ e da certidão de publicação dessa decisão agravada. Ademais, é preciso preencher um quadro onde se indica a tempestividade do recurso extraordinário e do agravo de instrumento, além da indicação das folhas em que consta a alegação de repercussão geral³⁴, conforme

²⁷ O recurso especial consiste em meio de se reclamar ao Superior Tribunal de Justiça uniformização de questão infraconstitucional (SOUSA, 2007).

²⁸ Recurso extraordinário é meio de se levar a questão constitucional discutida em um processo ao Supremo Tribunal Federal, para decisão definitiva com efeito *inter partes* (SOUSA, 2007).

²⁹ O acórdão recorrido consiste na decisão impugnada, ou seja, a decisão de Tribunal *a quo* que é questionada por meio do recurso extraordinário (SOUSA, 2007).

³⁰ Embargos de declaração é recurso pelo qual o advogado suscita ao julgador, ou ao conjunto de julgadores uma questão obscura, contraditória ou omissa da decisão (SOUSA, 2007).

³¹ Contra-razões ao recurso extraordinário consistem no direito de contraditório da parte recorrida, que deve ser exercido no prazo de 15 dias, contados da intimação (SOUSA, 2007).

³² Certidão *in albis* das contra-razões, consiste em certidão emitida pelo juízo de que não foram apresentadas contra-razões ao recurso dentro do prazo legal, ou seja, que se disponibilizou o direito de contraditório e de defesa, entretanto, este não foi exercido (SOUSA, 2007).

³³ A decisão agravada consiste do despacho proferido em instância *ad quem* que não atesta a admissibilidade do recurso extraordinário. Sem a decisão de admissibilidade pela instância inferior, o recurso extraordinário não é remetido ao STF, de modo que, para destrancá-lo, é preciso interpor o agravo de instrumento (SOUSA, 2007).

³⁴ A repercussão geral consiste em demonstração da relevância da causa (MENDES, 2007). Em outras palavras, consiste em exigência de esclarecimento pela parte recorrente de que a questão constitucional em contende não interessa só às partes, mas é de interesse geral, seja por uma questão jurídica, social, econômica ou política (MENDES, 2007). Tal exigência foi inserida no contexto da constituição 1988 no ano de 2006, com as alterações promovidas pela lei de nº 11.418, responsável pela inserção dos art. 543-A e 543-B no CPC.

exige o art. 543-A do CPC³⁵. Ao final da ficha, identifica-se quem fez a análise, quem revisou no caso de ausência de um dos requisitos e a data da análise.

Já a ficha do recurso extraordinário é mais simples, pois além das informações de identificação e MAP, as indicações das páginas se restringem a indicar se há recurso especial ou não e, qual a situação deste caso exista (provido, parcialmente provido, negado ou determina novo julgamento). Isso resulta no próximo item da ficha que é a indicação de prejudicialidade ou não do recurso especial, pois a depender da decisão do STJ o recurso extraordinário fica prejudicado. A ficha também exige a indicação das folhas da cadeia procuratória de ambas as partes, acórdão recorrido e sua certidão de publicação, se existem embargos de declaração ou não e em que folhas encontram-se, a certidão de publicação desses embargos e a petição de recurso extraordinário. Ao final da ficha se pede análise de tempestividade do RE e, a indicação da alegação de repercussão geral, além da identificação de quem analisou o processo, quem o revisou e a data em que isso foi procedido.

Assim, os dados da ficha consistem basicamente em indicar os requisitos do RE e do AI, incluídos a tempestividade, a presença de repercussão geral, a cadeia procuratória e os requisitos do art. 544, §1º, do Código de Processo Civil³⁶, no caso do agravo de instrumento. Ademais, na “fichinha” ficam identificadas as páginas de cada peça essencial à análise do AI ou RE, de modo que o julgador

³⁵ Código de Processo Civil, art. 543-A: “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. § 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão”.

³⁶ Código de Processo Civil, art. 544, § 1º: “O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópias do acórdão recorrido, da certidão da respectiva intimação, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. As cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal”.

pode se direcionar diretamente às páginas indicadas. Essa ficha é anexada à capa do processo com papel que indica sua situação: apto, faltam peças, intempestivo, sem repercussão geral e RE extemporâneo. Todos os processos são registrados no sistema interno que indica a situação deles, mas só os aptos saem da seção no mesmo dia. Ao final do dia, os funcionários da entrada da sala levam os processos aptos após registrarem o deslocamento.

Os demais processos vão para as prateleiras do fundo da sala, para revisão. Os servidores analistas da seção pegam esses processos e veem novamente o erro indicado na capa; caso o erro se confirme, eles fazem a decisão monocrática³⁷ de “não conhecimento”; caso o erro não se confirme, o processo leva a etiqueta de apto e vai embora da seção. Nesse ponto, precisamos deixar claro que os ministros não chegam a ter contato com os processos que recebem decisão monocrática de “não conhecimento” nessa seção. Os processos não conhecidos levam a assinatura eletrônica do Presidente do Tribunal e vão embora do Supremo, sem serem distribuídos a nenhum ministro e sem que o Presidente do Tribunal tenha conhecimento da controvérsia tratada neles. Na verdade, a informação que os ministros possuem acesso é a mesma que qualquer pessoa tem, qual seja, os dados estatísticos divulgados no endereço eletrônico do Supremo. Essas informações demonstram que, em 2008, a cada 100.781 processos protocolados no Tribunal, somente 66.873 chegaram a ser distribuídos³⁸:

Movimentação STF	2008	2009*
Proc. Protocolados	100.781	63.785
Proc. Distribuídos	66.873	35.031
Julgamentos	130.747	68.461
Acórdãos publicados	19.377	13.974

Tabela 1 — Movimentação STF entre 2008 e setembro de 2009

Esse contraste demonstra um percentual de aproximadamente 33,64% de processos que são protocolados, mas não chegam a ser distribuídos, ou seja, são processos que ficaram barrados em seções, como a de análise processual de RE

³⁷ A decisão monocrática consiste em decisão feita somente por um julgador dentro de um órgão colegiado. Contra essa decisão sempre pode-se interpor agravo de regimental, que se presta a levar essa decisão feita isoladamente para o órgão colegiado (SOUZA, 2007).

³⁸ Julgamentos -- engloba decisões monocráticas e decisões colegiadas. Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acesso em: 30.09.2009.

e AI. Esses números são bem diferentes para a distribuição de ações de controle concentrado como a ADI, onde o percentual de distribuição é quase 100% das ações protocoladas (em 2008, de 178 ADIs protocoladas, 177 foram distribuídas). Todavia, os dados de 2008 indicam que, de 64.224 AIs protocolados, somente 37.783 chegam a ser distribuídos, ou seja, 58,83% destes processos foram retidos na seção de análise processual. Esse número é menos gritante quando se trata de REs, já que, em 2008, de 26.727 REs. protocolados, 21.531 foram distribuídos, o que enseja um percentual de 19,44% processos barrados.

Depois dessa seção, os processos são levados nos carrinhos para destinos distintos. Os processos aptos são encaminhados à SECLA. Os processos inaptos saem com a decisão monocrática de não conhecimento e vão para seção de RE ou seção de AI. Os RE e AI aptos são, por sua vez, conferidos classificados por uma série de critérios antes da distribuição. Os funcionários da SECLA precisam conferir se a matéria do processo está afeta ao plenário virtual, às matérias indicadas como repetitivas e, ainda, verificar se o processo está sobrestado devido à interposição simultânea de RESP pendente de julgamento no STJ. Caso se verifique uma dessas barreiras, o processo recebe decisão monocrática para devolução à origem, com fundamento no art. 543-B, do CPC³⁹. Os REs e AIs inaptos ficam aguardando interposição de agravo regimental. Caso o recurso não seja interposto, o processo é baixado à origem. Mas se a decisão for agravada, a Presidência precisa verificar novamente os requisitos de admissibilidade do recurso. O caminho dos REs e AIs após a SECLA e, em caso de reconsideração da decisão, dos processos constantes nas seções de RE e AI é, novamente, a SERAP. Nesse momento os processos recebem as “capas” do Supremo e nova numeração. Depois, são encaminhados à SEPDIS para distribuição aos gabinetes.

³⁹ Código de Processo Civil, art. 543-B: “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. § 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral”.

Depois desse forte controle no processamento inicial, o Supremo ainda se vale de outros meios para controlar a quantidade de recursos. Por exemplo, o Supremo ainda possui uma “jurisprudência defensiva”, uma gama de orientações, vinculantes ou não, que impedem o julgamento do mérito do recurso ou facilitam a decisão por vinculá-la a determinado sentido. As súmulas do Supremo podem ser, basicamente, de duas categorias: súmulas ou súmulas vinculantes. Assim, diante de matérias repetitivas, que abarcam vários processos, o Supremo edita essas súmulas que nada mais são do que orientações. A diferença entre elas é o seu caráter vinculativo ou não. As súmulas do STF são orientações que não vinculam nem mesmo as demais instâncias do Poder Judiciário, ao passo que as súmulas vinculantes possuem previsão constitucional (art. 103-A, CF/88)⁴⁰ e se prestam a conceder caráter vinculante a determinado enunciado. Mas, como dizem os advogados, nem sempre a aplicação dessas súmulas segue alguma lógica, pois há vezes em que um mesmo gabinete possui casos bastante similares, mas aplicam a súmula em um e em outro não. Por exemplo, certa vez um advogado me registrou essa divergência quando da aplicação da súmula de nº 279 do Supremo, cujo teor indica que: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Entretanto, segundo o seu relato, não é sempre que os ministros afastam o reexame de prova, pois, na prática, quando verificam que é necessário o reexame da matéria, seja por se verificar uma grave injustiça ou por diversos motivos, não se aplica a súmula. De certo, a jurisprudência do Tribunal é predominantemente pela impossibilidade de interposição de RE com o objetivo de reexame de provas, mas toda regra comporta sua exceção.

⁴⁰ Constituição Federal de 1988, art. 103-A: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

Assim, do caminho dos processos e das barreiras jurisprudenciais, três coisas são importantes para esta etnografia. A primeira delas é que nesse processamento inicial parte dos recursos extraordinários e agravos de instrumento (principais meios de se atingir o STF por controle difuso) já são decididos, sem nem ao menos chegarem aos gabinetes. De certo, a competência da análise prévia de admissibilidade desses recursos é da Presidência do Tribunal, que acompanha diretamente o funcionamento dessas seções. Entretanto, as decisões recebem assinatura eletrônica, de modo que não chegam sequer a passar pelo ministro presidente do Tribunal — a não ser que uma das partes interponha agravo regimental⁴¹. O segundo ponto é que, nos processos que compõem o maior volume do Tribunal, o funcionário que realmente vai decidir o recurso não lê o processo inteiro; mas, apenas as partes que lhe interessam de acordo com as marcações feitas nessa seção. Terceiro, o Supremo se vale de vários meios para barrar processos, o que pode se explicar pela visão que o Tribunal tem de si mesmo como Corte Política.

Os estamentos

Apesar de cada gabinete se organizar de uma maneira diferente, podemos fazer algumas considerações mais gerais baseadas no funcionamento do gabinete de alguns ministros. De modo geral, quando o ministro permite que os funcionários elaborem os votos, ele apresenta correções ou, ainda, quando se interessa pela tese, pede para que se elabore mais o voto ou, que se façam contra-votos com posicionamentos distintos. Quando o caso é polêmico, o assunto é debatido entre os assessores e o ministro. Em processos mais específicos, o ministro elabora o voto sozinho, o que — é razoável supor — acontecer mais frequentemente em casos que o ministro os considere relevantes ou que a matéria seja de sua afinidade⁴². De modo geral, a primeira versão da maioria dos votos é elaborada pelos assessores; assim, o ministro recebe as informações sobre o processo que é de sua relatoria após um dos funcionários ter produzido a decisão,

⁴¹ O agravo regimental é recurso cabível contra decisão monocrática, ou seja, trata-se de meio processual de submeter a matéria em análise ao crivo do colegiado do Tribunal (SOUZA, 2007).

⁴² Quando falamos da afinidade do ministro, tratamos das preferências dos ramos do direito, pois há ministros que preferem estudar e trabalhar em determinados seguimentos. Registrei acontecimentos como esses na petição de nº 3.388, min. rel. Carlos Ayres Britto, DJ de 25.09.2009, conhecido popularmente como caso da Raposa Serra do Sol, onde o ministro do meu gabinete elaborou o voto sozinho, requerendo aos seus assessores apenas pesquisas sobre tema.

seja para lhe convencer do deferimento, seja, ao contrário, para lhe convencer do indeferimento. O debate entre os ministros e os seus assessores não é de acesso a todos os funcionários do gabinete — mas a regra geral é que o momento, a intensidade e o tempo dedicados à conversa dependem da agenda do ministro, da conjuntura (quando há um processo importante em controle concentrado, o ministro tem menos tempo para os assessores da área de penal, por exemplo) e das as preferências de cada ministro. Mas com base no que é exposto desses debates ou nos despachos dos advogados com o ministro, elabora-se a versão final (geralmente escrita pelo assessor) que vai para a Turma ou Plenário, onde o ministro lê o relatório e o voto.

Quando o preparo das decisões é feita pelos profissionais jurídicos que assumem os cargos de assessores, eles é que estão fazendo a decisão pública acontecer. Assim, os ministros precisam desses funcionários, uns mais que outros, pois esses profissionais jurídicos, que circulam pelo Supremo e o fazem funcionar, não têm todos o mesmo acesso ou são considerados da mesma maneira pelos ministros. Mesmo dentro do gabinete, permeiam-se no campo regras “não-escritas” que determinam quando ou quem pode ou não falar com o ministro.

No Supremo há uma interessante conformação de hierarquia por estamentos. É importante que o leitor tenha em mente que o fato de os assessores, funcionários do gabinete e funcionários do tribunal que não estão no gabinete se organizarem a partir da segmentação entre grupos de status numa ordem hierárquica não significa que eles não estejam em conflito; mas implica que o conflito assume uma conformação própria. A definição de quem possui acesso aos ministros ou não, ou seja, quais são os “escolhidos” e os “não escolhidos” é determinada por diversos conflitos que envolvem não só a capacidade do funcionário, mas também a afetividade do ministro. Para chegar até o ministro, é preciso agradar uma série de estamentos anteriores a ele — grupos que, por exemplo, controlam o acesso à sala do ministro. Mais do que isso, esta hierarquia é intrinsecamente instável, vez que ela não completamente derivada da função ocupada pelo sujeito, mas envolve um jogo de competências, atribuições e afetividades — que veremos mais à frente, quando trataremos da hierarquia dos estamentos dos gabinetes. Essa necessidade de agradar o ministro deriva, portanto, da instabilidade dessa hierarquia e é uma relação política interna ao Tribunal.

Por ora, precisamos compreender que as relações entre estamentos, suas tensões no dia-a-dia influenciam no curso do processo dentro do Tribunal. Por exemplo, na seção de análise processual, que tratamos acima, os funcionários são responsáveis por fazer a análise prévia de admissibilidade dos recursos extraordinários e agravos de instrumentos, de modo que os recursos que são inaptos já recebem decisão monocrática da Presidência de inadmissibilidade do recurso. No dia-a-dia dessa seção, foi possível notar um ritmo de trabalho alucinante, já que um grupo de funcionários recebe quotas de processos a serem verificados, e outro grupo fica responsável pela revisão dos que faltam atingir algum dos requisitos exigidos pela “regra escrita”. Acontece que caso falte alguma peça ou que não se perceba que está faltando um dos requisitos nessa seção se profere decisão monocrática que pode favorecer ou desfavorecer determinada a parte justa ou injustamente. E de fato isso acontece cotidianamente, o que registrei em pequenos atos, como a preferência pelos processos menos volumosos, a revisão detalhada de processos de funcionários aos quais não se tem afinidade, entre outros motivos. Por algumas vezes, registrei nessa seção que os processos maiores demoram mais a serem revisados, pois, quanto mais complexos e volumosos os processos, mais as quotas demoram a ser atingidas. Assim, nenhum funcionário quer esses processos na sua quota. Além disso, dependendo do conflito, se este ocorrer, por exemplo, entre funcionários do primeiro e do segundo grupo da seção, o processo pode ser tão revisado que não consiga sair da seção, pois o membro do segundo grupo está procurando “erros” na análise do funcionário do primeiro grupo, justamente para prejudicar suas estatísticas.

Tudo isso nos mostra que a construção de uma decisão é um processo coletivo que envolve a movimentação e o interesses de diversos atores internos, que se encontram em diversos estamentos, e atores externos. Estes interesses podem não ter uma relação direta com aquilo que se decide em um processo específico, mas são o resultado, por um lado, da luta pela competência jurídica, quer dizer, a capacidade “dizer o direito”; e, por outro, da luta pelo poder simbólico, “um poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem” (BOURDIEU, 1989, p. 7-8). Mas do que isso, uma decisão também é o resultado de um contexto social, tanto no sentido da formação desses indivíduos, quanto no sentido das pressões sociais, econômicas, políticas, das regras “não escritas” que permeiam o campo e do *habitus* — “[...] o *habitus*, como indica a palavra, é um conhecimento

adquirido e também um *haver*, um capital (de sujeito transcendental na tradição idealista) o *habitus*, a *hexis*, indica a disposição incorporada, quase postural [...]” (BOURDIEU, 1989. p. 61). Ou seja, o gabinete ou uma seção do Tribunal conforma uma estrutura multidimensional, onde existem vários estamentos (assessores especiais, dos assessores, analistas judiciários, técnicos judiciários, terceirizados, estagiários e advogados)⁴³ em complexas relações — relações que influenciam diretamente nas tomadas de decisões dos processos. Assim, passaremos agora a examinar estas relações de conflitos a partir da dinâmica de um gabinete, onde os processos que ultrapassaram as barreiras do processamento inicial são julgados.

A racionalidade cortês

Destacamos no tópico anterior a existência de estamentos no Supremo que estão dispostos em uma hierarquia que é instável. Isso foi perceptível num primeiro momento pelos privilégios de acesso ao ministro. Assim, reconhecemos a existência de relações entre os atores do campo, capazes de influenciar o processo de tomada de decisão, balizadas pelo *habitus* e por regras “não escritas” que se definem nas relações do meio, dentro do campo jurídico.

No gabinete em que tive mais acesso para observação, notei o movimento que o processo segue até que chegue ao ministro para sua manifestação. O primeiro passo é a distribuição do processo a um dos assessores, sendo que cada um deles possui à sua disposição servidores, estagiários e terceirizados para auxiliá-lo. Não existe uma demarcação clara de qual funcionário auxilia cada assessor, mas vários deles possuem estagiários individualizados. Neste contexto, os assessores não fazem pessoalmente todos os processos, alguns deles se inteiram do assunto e explicam ao funcionário o que se passa em cada processo e qual o sentido de voto que deseja que ele siga, enquanto outros deixam o funcionário livre para ler o caso (isto é, as páginas que estão indicadas na fichinha) e produzir o voto segundo suas convicções e pesquisas.

Após a fase de produção do relatório dos fatos do processo e da elaboração do voto, os funcionários passam a decisão aos assessores para que esses aprovelem

⁴³ Os ministros estão inseridos nessa hierarquia, mas de uma forma diferenciada, pois, como veremos à frente, os ministros representam um “signo” (LÉVI-STRAUSS, 1986), aos quais os atores do campo rodeiam em seus diversos estamentos, além de estarem dispostos em uma outra hierarquia, de acordo com o prestígio, antiguidade e conhecimento de cada ministro.

ou ordenem alterações — quando não as fazem pessoalmente. Desse ponto em diante, é uma questão de conveniência a inclusão desse processo em pauta. A conveniência de um processo entrar em pauta para julgamento também pode resultar de pressões entre os gabinetes. Por exemplo, um determinado processo que está pronto para julgamento no Plenário depende do voto não só de um ministro, mas de todos os ministros. Mas os ministros nunca proferem votos em casos como o da ADI nº 3.510 sem terem um voto próprio produzido pelo seu próprio gabinete. É nesse ponto que entram as tensões entre os gabinetes. O gabinete do ministro-relator pressiona os demais para prepararem os votos que são de seu interesse para entrar em pauta. Às vezes, o ministro desse gabinete nem produziu o relatório e o voto desse processo, mas já inicia as negociações para colocá-lo em julgamento. Talvez a visita de um advogado determine isso ou o próprio ministro pergunte sobre o processo a um dos assessores. Mas nunca um processo sai da sala dos assessores sem uma determinada razão, seja pelas estatísticas a serem cumpridas, seja pelo trabalho de um advogado que veio despachar com o assessor ou diretamente com o ministro, seja pela simples conveniência do momento de se levar o processo a julgamento.

Mas o que destacamos é que esse processo só vai ao ministro depois de passar por uma pessoa que tenha acesso a ele, o que em regra são os assessores. A relação entre assessor e ministro é sempre intensa, conflituosa. A dependência da relação é recíproca, como se estivessem em uma “dança a dois”. Os ministros dependem de seus assessores, pois não podem dançar a música sozinhos, quer dizer, para julgar todos os processos, eles precisam dos assessores. Além disso, a relação do ministro com seus funcionários não se pauta meramente pela competência e capacidade que estes têm para auxiliar aquele; elas também se pautam, como nos mostra Elias (1995), pela afetividade. De sua parte, o assessor precisa do “seu” ministro, na medida em que sua posição, competências e prestígio frente aos outros assessores e estamentos depende da atenção que lhe dedica o ministro. Essa posição é difícil, pois quem conduz a dança é o ministro. Contudo, a relação com o ministro não se restringe aos assessores. Qualquer funcionário do gabinete pode chegar a ter acesso ao ministro e levar um processo para debate. A verdadeira posição de cada ator no gabinete se determina não só pelas suas competências estatutárias, oficiais, mas pelo conjunto de relações de força, lutas e domínio do capital jurídico de cada ator do campo. A lógica da hierarquia dos estamentos nos gabinetes segue em muito à descrita por Elias (1995) em *Socieda-*

de de Corte. Segundo Elias (1995), mesmo nas sociedades que se baseiam em um sistema burguês, ou seja, em uma lógica de movimento em torno da conquista de forças econômicas, persistem sistemas de corte, onde há uma racionalidade cortês que se direciona pela afetividade:

“A ‘racionalidade cortês’, se a quisermos chamar assim, não se baseia no seu carácter específico na preocupação de conhecer e dominar as forças naturais extra-humanas, como a racionalidade científica, nem, como a racionalidade burguesa, na estratégia ponderada do indivíduo que quer obter na competição garantias de força económica. O que a caracteriza é basicamente uma planificação calculada do comportamento individual com vista a assegurar, na competição e sob pressão permanente, ganhos de estatutos e de prestígio mediante um comportamento adequado” (ELIAS, 1995. p. 66-67).

Assim, nos gabinetes do Supremo, temos uma sociedade de corte em miniatura; nela os estamentos se enquadram em modo e lógica bastante semelhante ao da chamada “boa sociedade”⁴⁴. Os ministros estão em uma posição análoga à do rei, enquanto os funcionários do gabinete pairam como cortesãos em busca de privilégios e diferenças que possam construir seu prestígio. A diferença da sociedade de corte é que, nos gabinetes, esse prestígio se verifica pelas determinações de competências e atribuições. A competência é descrita na constituição, lei e regimento interno — e é por excelência a regra “escrita”. Entretanto, as competências e atribuições se modificam de acordo com as regras “não escritas” do campo. A atribuição consiste em uma tarefa que o ministro confia a determinado funcionário do gabinete, o que depende não somente de capacidade do funcionário para desenvolvê-la; mas também, da afetividade do ministro em relação a um ou outro ator. Nessa perspectiva, as atribuições podem corresponder ou não às competências ou, ainda, podem trazer prestígio ou desprestígio ao funcionário.

Por exemplo, certa vez registrei um dos assessores do gabinete receber determinada atividade, entretanto, era uma atribuição extremamente difícil. As-

⁴⁴ No caso de Elias (1995), este trabalha principalmente com a *ethos* da alta sociedade a partir do tempo de Luís XIV, onde o sistema de privilégios não se baseava mais tão pura e simplesmente pela consanguinidade, mas pela confiança e prestígio do rei que se demonstrava em pequenos gestos de etiqueta, dos rituais e privilégios.

sim, o assessor passou a tarefa a outro assessor, pois o prestígio que ela podia trazer não valia o risco do desprestígio que ela, provavelmente, traria. Mas precisamos notar que o repasse de atribuições não é simples, ele gera conflitos entre os assessores, além de só conseguir ser efetiva quando — no complexo sistema de estamentos — o assessor que passa a atribuição adiante está hierarquicamente acima ou, se não haja diferença hierárquica significativa entre eles, o assessor que passa a atribuição consegue criar a impressão no outro assessor que ele estaria melhor se a aceitasse. Um assessor pode cooperar com outro, simplesmente por reciprocidade: ambos se ajudam a manter o prestígio perante o ministro. Assim, a atribuição é um capital simbólico (BOURDIEU, 1989), pois ele é utilizado para afirmar posições assimétricas entre funcionários do gabinete e mesmo em relação a outros atores do campo jurídico. No caso dos gabinetes do Supremo, o capital traduz-se em prestígio perante o ministro.

Todo o movimento do gabinete é, assim como na sociedade de corte, a luta pelo prestígio, isto é, a procura por competências e atribuições⁴⁵. Elas demonstram a proximidade do funcionário com o ministro. Desse modo, a hierarquia é instável e em constante readaptação, uma vez que ela depende da afetividade do ministro em relação aos atores que lhe rodeiam. Ela se demonstra pela confiança na elaboração de votos importantes, na decisão de questões políticas entre os ministros, na relação com atores externos, como membros do Poder Executivo ou Legislativo, bem como na representação do ministro em reuniões e festividades. Assim, cada gesto de todo esse cerimonial de prestígio e hierarquia, todo esse movimento não é única e exclusivamente para ser visto pelos olhos do ministro; ao contrário, ele serve para ser visto pelos demais atores do campo, de forma que aquele assessor em particular seja percebido como diferente dos demais, quer dizer, mais importante do que eles. Tal como descreve Elias (1995, p. 74), na sociedade de corte:

“O cortesão não ia à corte por depender do rei; aceitava a sua dependência do rei porque só a vida de corte e no seio da sociedade de corte lhe permitiam manter o seu isolamento social face aos outros, garantia de salvação da sua alma, do seu prestígio de aristocrata de corte, ou, por outras palavras, da sua existência social e da sua identidade individual.”

⁴⁵ A questão dos conflitos por competência jurídica em busca de capital simbólico é bem descrita por Bourdieu (2000).

Esta racionalidade cortês dialoga com a própria organização formal do Tribunal. Os funcionários estão submetidos a uma hierarquia estamental prevista nas “regras escritas” que estabelecem também um conjunto de competências para cada posição dentro do Tribunal. Assim, a constituição de 1988, no seu art. 37, II⁴⁶, determina que existem dois tipos de cargos para administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União: os efetivos e os em comissão. Os cargos efetivos consistem nos cargos provenientes de concurso público, o que resulta em estabilidade após 3 anos de efetivo exercício (art. 41 da CF/88)⁴⁷, e os em comissão não exigem concurso público, mas se restringem a cargos de chefia com atribuições de direção (art. 37, V, da CF/88)⁴⁸. Além desses, no Supremo notamos a presença de outros funcionários, quais sejam os estagiários e os terceirizados. Quanto a estes últimos, a CF/88 os prevê em seu art. 37, inciso IX, onde se estabelece exceção para contratação de não concursados para atender necessidade temporária do serviço público. O fato é que a lei que regula o serviço público, lei de nº 8.112/90, concede a impressão de segurança ao servidor, de que ele receberá as atribuições e competências estabelecidas na lei para seu cargo, que ele terá o poder simbólico relativo a elas⁴⁹ — e não, que as atribuições e competências serão imputadas a um terceirizado ou estagiário. Como em uma sociedade de corte, pelo estatuto, o estamento superior seria naturalmente o dos servidores, este seria o parâmetro objetivo de determinar essa ordem de preferências, só que, na prática das relações de inter-pessoais do Supremo, a hierarquia dos estamentos se estabelece também por prestígio, de modo que a afetividade e a confiança, entre outros fatores, alteram constantemente essa hierarquia,

⁴⁶ Constituição Federal de 1988, art. 37, inciso II: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: II — a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

⁴⁷ Constituição Federal de 1988, art. 41, caput: “São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”.

⁴⁸ Constituição Federal de 1988, art. 37, inciso II: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: V — as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

⁴⁹ Sobre o poder simbólico leia-se Bourdieu (1989).

de tal forma que, nem sempre o que a “regra escrita” determina, corresponde à posição efetivamente ocupada por um funcionário no dia-a-dia do Tribunal.

No dia a dia, há uma diferença grande entre os funcionários dos gabinetes e os que estão em outras seções do Tribunal. Com efeito, os gabinetes são “verdadeiras autarquias”. E pertencer a um gabinete garante ao funcionário certa estabilidade no seu capital simbólico. Fora dos gabinetes, a impressão que se tem é que não se valorizam os funcionários pelo seu trabalho, já que, mesmo que eles cumpram suas metas, os funcionários constantemente trocam de seções e são remanejamentos, os projetos e as chefias são descontinuados em sucessivas mudanças. O problema não é o desmerecimento deste ou daquele funcionário (embora isso possa, claro, acontecer), mas do funcionamento do próprio campo. Quando esse movimento é observado por uma racionalidade burguesa, ele parece irracional; ele só é compreendido a partir da racionalidade cortês que descrevemos acima. Em resumo, os estamentos por todo o Tribunal estão em constante instabilidade, e os funcionários participam de uma luta semelhante na busca por atribuições que sejam capazes de trazer prestígio.

Desta perspectiva, os funcionários dos gabinetes não concebem a ideia de abandonar os gabinetes, pois isso significaria se perder prestígio e distinções face aos demais funcionários e se submeter a instabilidade dos outros setores. Na prática, abandonar os gabinetes consiste em abrir mão de privilégios e implica em degradar a sua imagem frente aos demais atores do meio, o que Elias (1995, p. 62) indica como uma abdicação de sua própria identidade. Mas isso nem sempre é possível. Em algumas oportunidades, colhi depoimento de servidores e até de ex-servidores que abandonaram as chamadas “autarquias”. Negar esses privilégios, não seguir as etiquetas e rituais de acesso ao ministro implica em colocar sua posição em risco. Por exemplo, um desses servidores pediu a um dos ministros licença para sair do gabinete, por motivos que não me foram relatados. Além de ter ingressado na massa que está em constante mudança, esse servidor não conseguiu mais exercer as competências e atribuições determinadas pela lei para sua função, pois não conseguia ficar alocado em uma seção que desenvolvesse essas atividades. O jogo de influências se destrinchou de uma forma que ele perdeu totalmente seus privilégios, a ponto da própria competência ser ignorada.

Portanto, os estamentos do Supremo se hierarquizam em uma lógica instável de busca de prestígio. Esse prestígio se corporifica não em lucro, mas em

competência e atribuições, etiquetas, acessos e rituais de proximidade à figura do ministro, que se coloca nesse campo em paralelo à figura do rei na sociedade de corte. Ademais, a “regra escrita”, no caso, a constituição de 1988 e a lei de nº 8.112/90, estabelece uma ordem hierárquica entre as diversas funções, mas, no cotidiano da instituição, isso não se define dessa forma, pois, assim como nas regras de preferência da nobreza, a relação entre os estamentos e o prestígio individual não derivam diretamente da “regra escrita”, mas da afinidade com o ministro ou com estamento superior. Por isso, por mais que os servidores pertençam a um estamento superior, eles podem ter menos prestígio que um terceirizado ou um estagiário. Mas todo esse conjunto de relações influi no processo de tomada de decisão.

O papel dos ministros

Até o dado momento retratamos as diversas relações entre os estamentos; e, como elas podem afetar o caminho do processo; entretanto, não tratamos especificamente do estamento dos ministros. Em certa medida, os ministros se enquadram em um estamento dessa hierarquia, mas com um papel diferenciado em relação aos demais. Até o momento anterior, equiparamos os ministros à figura do rei, dentro de uma sociedade de corte (ELIAS, 1995). E, de fato, a posição dos ministros dentro dessa sociedade é como se eles fossem figuras à parte, que apesar de interagirem nessas relações não atuam da mesma forma, pois são justamente eles que concedem ou não o prestígio, por meio de atribuições, considerações, acesso etc. Em parte, é assim que os funcionários se referem aos ministros. Por diversas ouvi os funcionários dizerem que os ministros seriam como “Rainhas Elizabeth”, pois nada que se passe com eles ocorre sem que os corredores do Tribunal comentem. Tudo que os ministros fazem ou deixam de fazer, vestem, gesticulam e afirmam é comentado. Mas, o papel dos ministros também assume feições que mais se aproximam da ideia de totem descrita por Lévi-Strauss (1986)⁵⁰.

Quase todos os funcionários acompanham as sessões pela *intranet*, para poder comentar coisas simples sobre os ministros, como o penteado, a expressão do rosto, se aparenta cansaço, etc.. Essas informações são utilizadas na luta pelo

⁵⁰ Chamamos a atenção do leitor sobre essa feição diferenciada do ministro, pois o ministro não é um totem, o que dizemos é sobre suas características nesse meio social se assemelharem a de um totem.

prestígio entre funcionários e entre estamentos. Conhecer o que acontece no Tribunal, em especial com os ministros, aumenta o prestígio do funcionário. Essa necessidade de acompanhar os passos dos ministros, em especial o fato de o conhecimento sobre as preferências deles ser motivo de prestígio é também o resultado de um movimento mais profundo de identificação do funcionário com o ministro. Não se trata de uma relação puramente profissional, no sentido da ocupação de um cargo. O funcionário age como pertencesse a um grupo que, face aos outros funcionários, representa o ministro. Assim, os atores do campo, principalmente os que trabalham nos gabinetes, identificam-se reciprocamente a partir da sua vinculação com determinado ministro. Eles não se referem ao ministro por seu nome ou cargo, mas categoricamente como “o meu ministro”. Inversamente, não saber a que ministro determinados funcionários pertencem é motivo de desprestígio, é como atestar dissintonia com o movimento de funcionamento do Supremo.

Essa relação de identificação do funcionário com o ministro é semelhante às relações totêmicas analisadas por Lévi-Strauss (1986). Em outras palavras, os atores do campo se vêem representados por “seus ministros”, de maneira similar aos membros de um determinado grupo social que se identificam com um totem. Isso não significa que os ministros sejam exatamente totens, mas que a relação de identificação possui características semelhantes. A ideia fica mais clara quando examinamos as práticas do campo. Por exemplo, se determinado ministro, ao assumir a Presidência do Tribunal, não atender aos pedidos de determinada seção para capacitação de funcionários ou para aumentar os seus recursos, os funcionários podem sofrer as consequências posteriormente. Registre depoimentos em que se relatava que, após sair da Presidência, os funcionários de um ministro não conseguiam mais a mesma presteza da seção para os seus pedidos. O funcionário não pede por si, mas em nome do ministro. A relação dos ministros entre si também se reflete nos funcionários. Assim, se os ministros não são próximos, a tendência é que as relações dos funcionários dos respectivos gabinetes sejam distanciadas, o que gera conflitos.

O meu acesso às relações dos ministros entre si foram restritas às sessões Plenárias e das Turmas, justamente pelo estamento em que me encontrava no decorrer da pesquisa. Em primeiro momento, relatei a necessidade da manutenção das etiquetas, dos bons modos e da afirmação constante que os ministros fazem uns para os outros, visível nos pequenos gestos, de que todos eles estão em mesmo patamar. Mas, ao mesmo tempo, eles estão competindo pelo capital ju-

rídico, pelo reconhecimento entre os seus pares (no sentido de participantes do campo jurídico) de que são melhores juristas, tem uma maior capacidade para dizer o melhor direito. Com exemplo, trago aqui duas sessões plenárias.

A primeira sessão ocorreu no dia 22.04.2009. Nela, dois ministros discutiram em Plenário. Mesmo no conflito, são mantidas as etiquetas e, com elas, o reconhecimento recíproco dos papéis e dos lugares que eles ocupam. É o lugar que eles ocupam que os define como diferentes dos demais funcionários e participantes do campo, como os advogados ou os membros das outras carreiras jurídicas (promotores, procuradores, juízes etc.)⁵¹. Os ministros pertencem a essa hierarquia de estamentos e, sem o reconhecimento da sua posição, não conseguiriam exercer o seu papel frente aos demais estamentos. Nesse dia ocorreu o julgamento da ADI de nº 2.791, em que o Supremo parou para ouvir uma inacreditável discussão entre alguns ministros⁵². No gabinete em que acompanhei mais de perto as relações de campo, era possível escutar o vento passar, com todos os funcionários paralisados diante das telas de computador e das mini-televisões dos assessores especiais. O silêncio só foi rompido quando um assessor falou: “o ministro está louco!” De certo, ninguém teve dúvida, falava-se de um ministro que não era o ministro daquele gabinete. Nos gabinetes a regra “não escrita” é sempre agir em defesa do seu ministro. É claro que, pela relação ser também conflituosa, o funcionário sempre reclama do “seu ministro”, de determinado comportamento ou decisão, mas não diz isso a outros atores, principalmente quando esses forem funcionários de outros ministros. O problema é que um dos ministros colocou em dúvida o papel do outro em sessão Plenária:

MINISTRO (A): Ela (a tese) foi exposta em pratos limpos. Eu não sonego informação. Vossa Excelência me respeite. Foi apontada em pratos limpos.

MINISTRO (B): Não se discutiu claramente.

MINISTRO (A): Se discutiu claramente e eu trouxe razão. Talvez Vossa Excelência esteja faltando às sessões. [...] Tanto é que Vossa Excelência não tinha votado. Vossa Excelência faltou a sessão.

⁵¹ Sobre o manter das etiquetas para reforçar a diferença hierárquica leia-se Elias (1995).

⁵² Essa discussão foi amplamente divulgada em âmbito nacional por meio da mídia e dos jornais, entretanto, se manteve aqui a discrição de não se referir a nomes, pois a intenção de trazer esse dado aqui não é discutir qual ministro possui a razão, mas de demonstrar as “regras não escritas” do tratamento entre os ministros.

MINISTRO (B): Eu estava de licença, ministro - respondeu o ministro “B”.

MINISTRO (A): Vossa Excelência falta a sessão e depois vem...

MINISTRO (B): Eu estava de licença. Vossa Excelência não leu aí. Eu estava de licença do tribunal.

Outros ministros pediram calma e que a sessão fosse interrompida, e um deles chegou a afirmar que “a discussão está descambando para um campo que não se coaduna com a liturgia do Supremo”. Mesmo assim, na mesma sessão, os ministros retomaram a discussão:

MINISTRO (B): Eu não falei em sonegação de informação, ministro “A”. O que eu disse: nós discutimos naquele caso anterior sem nos inteirarmos totalmente das consequências da decisão, quem seriam os beneficiários. E é um absurdo, eu acho um absurdo.

MINISTRO (A): Vossa excelência não tem condições de dar lição a ninguém.

MINISTRO (B): E nem vossa excelência. Vossa excelência me respeite, vossa excelência não tem condição alguma. Vossa excelência está destruindo a justiça desse país e vem agora dar lição de moral em mim? Saia a rua, ministro “A”. Saia a rua, faz o que eu faço.

MINISTRO (A): Estou na rua.

MINISTRO (B): Vossa Excelência não está na rua, Vossa Excelência está na mídia, destruindo a credibilidade da Justiça brasileira. Vossa Excelência não está falando com seus capangas do “X”.

MINISTRO (A): Vossa excelência me respeite.

Já assustados, os demais ministros pediram para que a sessão fosse encerrada. O ar ficou ríspido, os assessores do gabinete desceram em debandada, e enquanto isso o ministro “B” saía em silêncio da sessão. Depois da discussão, a crise se instalou. Alguns falavam até mesmo em *impeachment*. Todos os ministros presentes se reuniram com as portas fechadas na sala do ministro Presidente. Após três horas, em que os assessores olhavam tensamente para as portas da sala, os ministros divulgaram nota de apoio ao ministro “A”. Mas o importante, para nós,

dessa troca de palavras ríspidas é justamente a importância de se manterem as etiquetas, a liturgia do respeito. Colocar em questão um deles era também colocar em questão os outros, afinal, todos à mesa são ministros, todos são signos do meio. O Tribunal não funciona em função só de um ou outro ministro, mas de todos.

Na segunda sessão plenária, definia-se o conteúdo da súmula vinculante nº 11, que versa sobre o uso de algemas. Essa súmula foi definida no julgamento do HC de nº 91.952, ministro relator Marco Aurélio, DJ de 19.12.2008. O ministro “B” disse ao ministro “C” que sua decisão estava “prejudicando o povo brasileiro”. Nesse momento, com o Plenário lotado, muitos já com sono, a platéia ficou estática. O ministro “C” retrucou o ministro “B” chamando-o de “covarde” (sem se esquecer de falar vossa excelência antes). Nessa parte, muitos levantaram das cadeiras e se ajeitaram para disfarçar a ansiedade, mas o rebate foi inevitável, tanto que o ministro “B”, já de pé, segurando na parte detrás de sua cadeira, falou em alto e bom som: “Vossa Excelência, só não bato em Vossa Excelência, porque Vossa Excelência é um velho!” Os comentários dos corredores do Supremo eram com toda a certeza desfavoráveis ao ministro “B”. Seu gabinete estava em silêncio. Talvez essa situação tenha ficado clara para o próprio ministro, já que não retornou para a continuação da sessão no Supremo naquele dia, nem mesmo no dia seguinte para reunião no Tribunal Superior Eleitoral.

A questão é: quais os motivos que levam os servidores a opinarem tanto sobre os ministros? O importante desse movimento de observação dos ministros é que as pessoas só são consideradas “do Supremo” ou por assim dizer “do meio” quando conhece o funcionamento dos julgamentos, não somente em questões procedimentais, mas sobretudo as interações entre os ministros: quem gosta de quem, quem já brigou com quem, etc. Pertencer a um grupo significa compartilhar um conjunto de preocupações, ideias, conflitos internos ao grupo e, portanto, falar daquilo que identifica o grupo. A analogia do ministro como um signo que cumpre, para o grupo de pessoas que o cerca, o papel similar ao de um totem é complexa, todavia inevitável. O totem, por um lado, une e identifica um grupo; por outro, um sistema totêmico fragmenta o tecido social entre vários grupos simétricos e divergentes⁵³. Os diversos estamentos se dividem em torno do ministro não só por competências e atribuições que lhe concedam prestígio,

⁵³ Sobre essa fragmentação como indício da existência do totem leia-se LÉVI-STRAUSS, 1986. p. 81 e ss.

mas pelo sentido de pertencimento a determinado grupo, seja ele do ministro “A”, “B” ou “C”. É nesse sentido que utilizei a nomenclatura de “signo” para se referir aos ministros, pois os funcionários se diferenciam uns dos outros pela sua identificação com esse signo, inversamente o signo identifica o funcionário e o rotula dentro do Tribunal (LÉVI-STRAUSS, 1986. p. 86 e ss.).

Outro ponto importante sobre os ministros nos remete ao início desse tópico quando afirmei que os ministros possuem um estamento diferenciado. Ocorre que, ao mesmo tempo que eles pertencem a estrutura de hierarquia formal e institucionalizada na qual são todos iguais, eles também competem por prestígio e, neste sentido, criam e se inserem em outra hierarquia. O ponto desse novo sistema de diferenças é mais complexo, pois consiste em na distribuição assimétrica de capital simbólico entre os ministros, de acordo com o seu conhecimento, antiguidade e suas relações de afetividade com os demais ministros⁵⁴. Quando falamos do capital simbólico que o ministro ostenta, estamos nos referindo à forma como o ministro é aceito no Tribunal. Por exemplo, quando determinado ministro entrou no Tribunal, procurou alcançar esse respeito e afetividade dos demais ministros por meio de ações que procuravam mostrar o seu reconhecimento do prestígio desses ministros mais antigos. A sua tática foi “acompanhar o voto” de determinados ministros com os quais procurava construir uma aliança, de forma a também ter, nos outros ministros, o reconhecimento do seu capital simbólico. Mas isso foi um erro. A lógica do sistema é justamente a oposta, é preciso demonstrar o conhecimento aos demais, o que só se consegue opondo-se a eles. Portanto, o movimento desse ministro deveria ter sido no sentido de atacar a decisão de determinado ministro. O conflito com um serve para construir proximidade com outro. Os ministros são também membros de um estamento a procura de reconhecimento, de capital simbólico capaz de diferenciá-lo dos outros ministros.

Até o dado momento vimos uma série de fatores que podem influenciar no processo de tomada de decisão. Os ministros não decidem as questões isoladamente. Todos esses elementos desenvolvidos na primeira parte desse estudo, como o *habitus*, as regras “não escritas”, os estamentos, a conformação de uma sociedade de corte, o totemismo no Supremo e os diversos conflitos estão presentes

⁵⁴ Ressalto que não se afirma serem tão-somente esses os critérios, mas esses foram os captados na pesquisa de campo.

no percurso desta decisão. Assim, o ministro não leva um processo a julgamento sem que antes o processo seja protocolado no Tribunal, passe pelo processamento inicial, seja distribuído e, enfim, analisado por algum de seus funcionários que, finalmente, levam a questão até ele. Da mesma forma, o funcionário do gabinete não toma a decisão sozinho. O assessor precisa da aprovação simbólica e formal do ministro. Além dos vários fatores que podem determinar a conveniência do momento para levar esse processo a julgamento. O que queremos dizer é que todo o processo retratado na parte anterior desse estudo compõe o caminho da decisão, mas, como veremos, quando os ministros se colocam nas Turmas ou no Plenário para decidir algo, esse contexto desaparece: sobram as justificativas jurídicas, que parecem circular entre si, alheias aos contextos que as produziram.

Portanto, ao examinarmos a da ADI de nº 3.510, não vamos nos restringir às justificativas dos votos. Ao contrário, vamos buscar o contexto de produção destas decisões — na medida do que ele é acessível a quem o vê à distância. Assim, nosso primeiro passo será destrinchar o tema discutido na ação direta de inconstitucionalidade de nº 3.510 e como ocorre o processamento dessa ação no “Supremo. Em segundo, antes de iniciarmos o exame dos votos da ADI de nº 3.510, precisamos compreender a posição da Corte em face da audiência pública, posto que, como vimos na primeira parte, o planejamento estratégico do Supremo está voltado para intensificação do diálogo da Corte com a sociedade. Superadas essas fases, procederemos à análise dos votos.

A ação direta de inconstitucionalidade de nº 3.510⁵⁵

O julgamento pelo Plenário do Supremo da ADI de nº 3.510 ocorreu em três sessões, além de uma audiência pública sobre células-tronco e a participação

⁵⁵ A decisão da ADI de nº 3.510 ainda não se encontrava publicada na época em que escrito este trabalho. Assim, os dados obtidos sobre os votos dos ministros foram obtidos junto ao Observatório do Judiciário promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP, ao “Notícias STF” e à TV Justiça. Os votos dos ministros Cezar Peluso, Ellen Gracie, Carlos Ayres Britto (voto e relatório), Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski foram disponibilizados no “Notícias STF” e Observatório do Judiciário, enquanto os votos dos ministros Marco Aurélio, Eros Grau e Cármen Lúcia só encontram-se disponibilizados no “Notícias STF”. Quanto aos ministros Menezes Direito e Celso de Mello, não disponibilizaram seus votos, logo a análise foi feita com base nos vídeos disponibilizados pela TV Justiça. Os endereços eletrônicos do Observatório do Judiciário, Notícias STF e TV Justiça, respectivamente são: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio>; <http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticiaUltima.asp>; e <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=noticiaNoticiaTvJustica>. A ADI nº 3.510 obteve publicação do acórdão em 28.05.2010.

de *amicus curiae* na primeira sessão⁵⁶. Diversos atores participaram no acompanhamento desta ação perante o Supremo. A Constituição de 1988 estabelece no art. 102, I, “a”, que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”. Essa ação, portanto, nada mais é do que um meio de se levar diretamente ao STF uma questão constitucional. Mas, como nos explica Mendes (2007), não se trata de qualquer meio, pois é uma ação que só pode ser proposta pelas pessoas que ocupam determinados cargos ou por certas instituições definidas no art. 103, da CF/88. Pois bem, na casuística da ADI de nº 3.510, quem propôs a ação foi o Procurador-Geral da República, legitimado pela regra inscrita no inciso VI do referido artigo. O processo da ação direta de inconstitucionalidade era feito, até 1999, pelo regimento interno do STF (RISTF), já que não existia lei que regulasse a questão. Somente em 1999 entrou no ordenamento jurídico brasileiro a lei de nº 9.868 para regular essa ação. De qualquer forma, a lei repete, em muito, o que já havia no RISTF. Mas muitos dos procedimentos ainda são regulados por meio do RISTF.

O julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade possui um rito a ser seguido. O RISTF determina que as sessões Plenárias sejam dirigidas pelo Presidente do Tribunal (art. 13, III, RISTF)⁵⁷, por esse motivo, por mais que os ministros tenham liberdade de falar quantas vezes quiserem, eles sempre tem que pedir primeiro autorização do Presidente, para então se pronunciar (art. 133, RISTF)⁵⁸. Há uma ordem a ser seguida, contudo. Primeiramente, o ministro relator profere o relatório, em seguida a tribuna é aberta para defesa de advogados e *amici curiae*. Somente após a Corte ter ouvido todos os inscritos para

⁵⁶ Lei de nº 9.868, art. 7º, §2º: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

Lei de nº 9.868, art. 9º, §1º: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

⁵⁷ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 13, inciso III: “São atribuições do Presidente: III — dirigir-lhe os trabalhos e presidir-lhe as sessões plenárias, cumprindo e fazendo cumprir este Regimento”.

⁵⁸ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 133: “Cada Ministro poderá falar duas vezes sobre o assunto em discussão e mais uma vez, se for o caso, para explicar a modificação do voto. Nenhum falará sem autorização do Presidente, nem interromperá a quem estiver usando a palavra, salvo para apertes, quando solicitados e concedidos”.

falar na tribuna é que o ministro relator profere o voto. Depois, votam os demais ministros pela ordem crescente de antiguidade no Tribunal⁵⁹. De certo, todos os ministros quando vão julgar, seja na Turma, seja no Plenário, já possuem um voto pronto e redigido para a questão. Entretanto, isso não significa que o voto esteja pronto. Acontece que, por existir o movimento via *intranet* entre as sessões de julgamento e os gabinetes, os votos ainda podem ser alterados, como já mencionamos da primeira parte do estudo.

A questão por detrás da ADI de nº 3.510 é o direito à vida, no âmbito do antigo impasse doutrinário do direito privado, qual seja, saber em que instante a vida começa. A vida passa a ser protegida pelo direito brasileiro após o “nascimento com vida” (art. 2º do CC/02)⁶⁰, o que implica em a criança nascer e respirar ao menos uma vez (FARIAS, 2005). Entre os próprios cientistas que participaram da audiência pública sobre células-tronco, há divergências quanto ao momento do surgimento da vida. Como veremos na análise da audiência pública sobre células-tronco, para alguns biólogos, negar a vida no momento da fecundação é extremamente ofensivo. Aos olhos destes biólogos, haveria vida desde o momento da primeira divisão celular; afinal, naquela primeira célula haveria já todas as informações genéticas necessárias para formar o ser humano, incluindo sua personalidade. Para alguns geneticistas, a vida humana se iniciaria com a formação dos sistemas essenciais à sobrevivência de um ser humano; logo, quando o feto apresentar perspectivas de nascimento com vida, nos moldes definidos pelo direito brasileiro. Especialistas da mesma área chegam a conclusões diferentes sobre o momento do começo da vida e, baseados nisso, colocam-se a favor ou contra o uso dos embriões para pesquisas.

Da perspectiva jurídica, caso sejam considerados como “vida humana”, os embriões seriam protegidos pelo art. 5º da CF/88; e, caso não o sejam, a lei restaria constitucional. Por outro lado, a utilização das células-tronco permitiria a formação artificial de diversos tecidos humanos para tratamentos de saúde, o que também é direito fundamental preservado pelo art. 6º da CF/88. Foram suscitados pelos atores a favor da procedência da ação (e da inconstitucionalidade

⁵⁹ A ordem de antiguidade é calculada pela entrada do ministro no Tribunal.

⁶⁰ Código Civil de 2002: art. 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

da lei) a violação à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88)⁶¹, a garantia da inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*, CF/88)⁶². E, foram reclamados pelos atores a favor da improcedência da ação (e pela constitucionalidade da lei) a transgressão do direito à livre expressão da atividade científica (art. 5º, IX, CF/88)⁶³, o direito à saúde (art. 6º, CF/88)⁶⁴, o dever do Estado de propiciar, de maneira igualitária, ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196, CF/88)⁶⁵ e de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica (art. 218, *caput*, CF/88)⁶⁶.

Em suma, as violações do texto constitucional reclamadas por cada lado incluem uma série de valores. Além disso, há também várias questões sociais e ideológicas envolvidas no questionamento da constitucionalidade dessa lei, por envolver concepções culturais sobre o que é vida humana. Nesse sentido, a sociedade se mobilizou e vários pedidos de participação nesse processo chegaram ao Tribunal⁶⁷. Várias audiências foram marcadas com os ministros. As visitas de cientistas aos ministros foram amplamente divulgadas por meio do acompanhamento processual, que indicava os dias dessas visitas. Mas nem todos os ministros quiseram receber os *experts* no assunto. A reação institucional a toda

⁶¹ Constituição Federal de 1988, art. 1º, inciso III: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III — a dignidade da pessoa humana”.

⁶² Constituição Federal de 1988, art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

⁶³ Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso IX: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IX — é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

⁶⁴ Constituição de 1988, art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

⁶⁵ Constituição de 1988, art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁶⁶ Constituição de 1988, art. 218, *caput*: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”.

⁶⁷ Da soma dos pedidos, os *amici curiae* admitidos foram a Conectas Direitos Humanos e o Centro de Direitos Humanos — CDH; o Movimento em Prol da Vida — MOVITAE; o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero — ANIS e a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil — CNBB. Ainda houveram outros pedidos de cidadãos isolados que pediram a participação por *amicus curiae*, entretanto os pedidos foram negados, pois é preciso estar vinculado a uma Instituição.

essa movimentação foi a realização da primeira audiência pública do Supremo. É preciso considerar que, apesar de existir à época do julgamento a possibilidade, prevista Lei de nº 9868/99 e no RISTE, de haver audiências públicas, toda essa movimentação era nova e reclamava a criação de procedimentos internos, tais como a forma de divulgação da audiência, as regras de condução dos trabalhos, entre outros. Por conseguinte, a ADI de nº 3.510 é um material empírico interessante, à medida que nos traz o Supremo diante da situação de ter que abrir o seu processo de tomada de decisão à participação popular por meio de audiência pública, fato até então inédito. O Tribunal teve que se realizar algo que estava, embora estivesse previsto no planejamento estratégico da Corte, não havia, até aquele momento, acontecido. Assim, passaremos agora a destrinchar a posição que o Supremo adotou em face dessa abertura.

O Supremo em face da abertura procedimental

Em 19.03.2007, o ministro-relator Carlos Ayres Britto proferiu despacho ordinatório para convocar uma audiência pública, conforme lhe permite o RISTE no art. 21, XVII⁶⁸. Como já expomos acima, antes desse despacho o andamento processual da ADI de nº 3.510 revela que houve o pedido de participação por meio de *amicus curiae* de diversas Instituições — o que, podemos supor, reflete o movimento da sociedade em torno da questão. O ministro-relator se utilizou de uma faculdade da lei de nº 9.868/99 para resolver o problema decorrente da mobilização social em torno do tema: como figurar tantas instituições e *experts* como *amici curiae*? A solução foi a audiência pública e, de certo modo, concedia tempo para reflexão do tema. As informações obtidas nessa audiência pública de certo modo já circulavam pelo Tribunal em memoriais que estavam sendo entregues aos ministros.

Desde o ano de 2003, o Supremo vinha apresentando em seus julgados um posicionamento de visão da Corte não como um Tribunal de revisão da matéria constitucional, mas de Corte Política responsável pela “guarda da constituição”⁶⁹ (art. 102, *caput*, da CF/88)⁷⁰. O julgado considerado marco pelo pró-

⁶⁸ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 21: “São atribuições do Relator: XVII — praticar os demais atos que lhe incumbam ou sejam facultados em lei e no Regimento”.

⁶⁹ Sobre a visão do Tribunal Constitucional como guardião da constituição veja Kelsen (2003).

⁷⁰ Constituição de 1988, art. 102, *caput*: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe”

prio Tribunal é o RE de nº 298.694, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 23.04.2004. Nele se afirma o entendimento que a decisão de um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo deveria ser mantida, não pelo fundamento constitucional colocado pelos desembargadores de São Paulo, qual seja o direito adquirido, mas por outro fundamento constitucional: a irredutibilidade de vencimentos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003 a). Em outras palavras, o Supremo abandonava o posicionamento do ministro Moreira Alves que vigorava até então de analisar a controvérsia constitucional se atendo à violação explicitada no recurso. Nesse contexto, o Supremo já completava quase um século de julgamentos de recursos extraordinários, onde, basicamente, os ministros só apontavam dois resultados distintos: ou não se conhecia e não se dava provimento, ou se conhecia e se dava provimento ao recurso dentro dos parâmetros alegados (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003 b). Ou seja, a Corte respondia às partes que, apesar de o Tribunal já ter julgado analisando o mérito daquela questão, ele não poderia aplicá-los àquele caso em particular, porque questões puramente processuais não o permitiam ou, ainda, porque nenhuma das partes havia suscitado a sua aplicação (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003 b). A construção do voto do ministro relator Sepúlveda Pertence aponta o Supremo como guardião da constituição, de modo que não poderia ser constrangido a impugnar uma decisão válida constitucionalmente só porque o fundamento não havia sido levantado anteriormente em outras instâncias, como se infere no teor abaixo transcrito:

A solução contrária, data máxima vênica, implicaria impor ao Tribunal — ao qual se confiou, “precipuaamente, a guarda da constituição” (CF, art. 102) — constrangimento ao qual não se submetem outras instâncias (RE de nº 298.694, min. rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 23.04.2004).

Grande parte dos ministros seguiu o voto do relator, merecendo até mesmo os aplausos, em Plenário, do ministro Carlos Ayres Britto (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003 b); e, a manifestação do ministro Gilmar Mendes que trouxe a público o marco-teórico para essas mudanças na Corte, qual seja, o Professor Peter Häberle. Mendes afirmou que:

“Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas

de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional. Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual *‘a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjettivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo’*, dotado de uma *‘dupla função’*, subjettiva e objettiva, *‘consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objettivo’*”(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003 b).

O ministro Celso de Mello defendeu, nas entrevistas sobre o julgamento deste RE, que a mudança era importante:

“especialmente nesse momento em que o Tribunal renova sua composição, para ‘que se ajuste a técnica de julgamento do RE não apenas ao discurso normativo do Código de Processo Civil (...), mas também que se ajuste a orientação da Corte à própria exigência que tem sido manifestada pelo magistério da doutrina” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003 b).

Essa “mudança” apontada pelo ministro Celso de Mello era a aposentadoria do ministro Moreira Alves, que ditava à jurisprudência do Tribunal um posicionamento positivista⁷¹, pelo qual os ministros estavam adstritos aos pedidos formulados no recurso. No julgamento do RE 298.694, o único ministro vencido foi justamente o ministro Moreira Alves. Mesmo vencido, Moreira Alves recebeu as homenagens dos demais ministros, já que ele já havia se aposentado na data do julgamento definitivo do caso⁷². Ora, as decisões daquele ponto em diante não seriam estariam restritas aos argumentos trazidos pelas partes, ou seja, não se limitariam pela interpretação restrita do papel do Supremo.

No mesmo sentido, os argumentos do professor Häberle, trazidos pelo ministro Gilmar Mendes, defendem a abertura da Corte Constitucional para a participação popular e, o entendimento da constituição como uma manifestação da cultura, argumentos fundados nas reflexões da mesa redonda de 1989

⁷¹ Sobre a diferenciação entre as diversas escolas do direito, inclusive o positivismo leia-se Duarte (2006).

⁷² O RE de nº 298.694 foi julgado em duas sessões do Plenário, em virtude de pedido de vista do ministro Moreira Alves.

(HÄBERLE, 2005. p. 1.)⁷³. Como assinala García (2004), Häberle se baseia na ideia de que, diante da redefinição do lugar da constituição e das transformações do mundo contemporâneo (pós-Segunda Guerra Mundial), a mudança da interpretação constitucional é necessária; a simples e mecânica exegese utilizada até então com o positivismo jurídico não supriria as necessidades da complexa sociedade democrática contemporânea. Assim, a ideia de que a constituição é uma manifestação da cultura é resultado do processo histórico e social da participação popular. Neste sentido, os valores culturais da comunidade encontravam-se iam consubstanciados na interpretação e evolução da constituição. Na visão de Häberle (2005), a constituição seria um produto cultural que deveria garantir a abertura procedimental da Suprema Corte. A democracia teria, como uma de suas formas de manifestação, a participação popular, e a teoria construída por Häberle (2005) defende que o diálogo cultural aconteceria na participação das diversas minorias e majorias nos processos de tomada decisão das Instituições (SAAVEDRA, 2004. p. 149). Portanto, a remissão do ministro Mendes ao pensamento de Häberle — somada à adoção, pelo Tribunal, da missão de fazer da Constituição um aspecto da cultura — possui implicações práticas para Corte. Ela se compromete com uma jurisdição constitucional aberta — o que, por sua vez, exige mais formas de se garantir o acesso à Corte.

O texto constitucional atual indica uma ampliação do rol de legitimados⁷⁴ e de ações⁷⁵, a necessidade de acesso à justiça e a abertura procedimental da jurisdição brasileira (BARROSO, 2005). Existe na jurisprudência atual do Su-

⁷³ Ressalta García Herrera (2004) uma distinção entre direito constitucional cultural e constituição como cultura. Ocorre que, o direito constitucional cultural limita-se à presença do Estado na cultura, no sentido do direito resguardar a cultura, ao passo que a constituição como cultura transcende esta conquista, no sentido de um processo de interiorização cultural da constituição no cotidiano da sociedade (GARCÍA, 2004. p. 121).

⁷⁴ Quanto à abertura da jurisdição constitucional brasileira, a Carta Política de 1988, de fato, propiciou sua expansão, pois ampliou o rol dos legitimados para proporem as ações constitucionais somado às novas figuras de controle concentrado (CF, art. 103). Essas ações compreendem a ação declaratória de constitucionalidade, a ação declaratória de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, além da repercussão geral, instituto criado com a EC. nº 45 para o recurso extraordinário (CF, art. 102, § 3º) e as súmulas vinculantes (CF, art. 103-A) (BARROSO, 2005). Desse modo, a constituição federal de 1988 se inseriu no diapasão da teoria constitucional dos países europeus do momento pós-Segunda Guerra Mundial (BARROSO, 2005).

⁷⁵ De fato, a constituição de 1988 trouxe novas ações ao controle de constitucionalidade brasileiro. Mas existem casos interessantes, por exemplo, a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi criada nessa constituição de 1988, entretanto, só alcançou aplicação prática com a criação de seu procedimento em 1999, com o advento da lei de nº 9.882/99. A primeira ADPF apreciada em mérito foi a de nº 33, min. rel. Gilmar Mendes, DJ de 27.10.2006.

premo a possibilidade de discutir a abertura procedimental como uma relação cultural, o que se expressa de forma mais intensa com o *amicus curiae* e as audiências públicas. Contudo, apesar de já terem ocorrido várias permissões de *amicus curiae*, a primeira audiência pública só adveio com o julgamento da ADI de nº 3.510. Um dos julgados que podemos trazer aqui para demonstrar a presença destas ideias na atual jurisprudência do Tribunal é a ADI de nº 2.321, em sede de medida cautelar, publicado no DJ de 10.06.2005, cuja relatoria foi do ministro Celso de Mello:

“[...] põe em destaque o entendimento de PETER HÄBERLE, segundo o qual o Tribunal ‘há de desempenhar um papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação do processo constitucional’ (p. 498) [obra de MENDES, 1999], em ordem a pluralizar, em abordagem que deriva da abertura material da Constituição, o próprio debate em torno da controvérsia constitucional, conferindo-se, desse modo, expressão real e efetiva ao princípio democrático, sob pena de se instaurar, no âmbito do controle normativo abstrato, um indesejável ‘deficit’ de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal venha a pronunciar no exercício, ‘in abstrato’, dos poderes inerentes à jurisdição constitucional”. (Grifos no original)

Em suma, a proposta de abertura procedimental da Corte e as expectativas em torno da primeira audiência pública no Supremo fizeram crer que haveria uma releitura do direito, considerando os fatores sociais, econômicos e políticos que envolvem os processos de tomada de decisões no momento em que propriamente se interpreta (cria) o direito (DWORKIN, 2007). Isso significa levar em conta o sujeito de historicidade⁷⁶ que o intérprete involuntariamente constitui. Logo, a questão a ser analisada nos votos da ADI de nº 3.510 é se o STF alcança ou não essa abertura procedimental na prática, e se os fatores advindos dessa abertura são incorporados à justificação das decisões.

⁷⁶ Para compreender as concepções de “sujeito de historicidade”, veja-se a teoria de Gadamer (1993).

A audiência pública: os experts foram ao Supremo

A audiência pública sobre células-tronco ocorreu no dia 20.04.2007 e após a então Presidente do STF, ministra Ellen Gracie, abrir os trabalhos e passar a direção dos mesmos ao ministro-relator da ADI de nº 3.510, Carlos Ayres Britto. A audiência pública foi realizada no Plenário do STF — que descrevemos na primeira parte. Os especialistas convidados teceram suas considerações diante da tribuna em que os advogados fazem suas sustentações orais. De certo, não falaremos da exposição de cada convidado, mas trouxe aqui certas reflexões com base no que foi trazido à Corte.

Naquela oportunidade, várias vezes os ministros que tomavam a palavra relembavam que a audiência era um meio de o Supremo ouvir a sociedade e seus anseios, bem como de buscar conhecimento sobre o tema enfrentado. Em especial destacamos as palavras da ministra Ellen Gracie e do ministro Carlos Ayres Britto, respectivamente:

MINISTRA ELLEN GRACIE: Não posso encerrar este pronunciamento sem louvar a iniciativa do meu Colega, o ministro Carlos Britto, que adota pela primeira vez, esta faculdade que a lei nos concede de fazer ouvir *experts* na matéria. Sua Excelência recebe de toda a Corte os elogios, e creio que recebe da população brasileira, também, o reconhecimento por esta disponibilidade e este impulso de fazer com que o Tribunal se abra efetivamente, para a comunidade científica.

MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: Em verdade, estamos homenageando o pluralismo, um dos conteúdos mais importantes da democracia; pluralismo que, no nosso caso, muito concorrerá para legitimar a decisão que o Supremo Tribunal Federal proferirá.

Veja-se que as palavras do ministro Carlos Britto reforçaram seu entendimento sobre a intenção da audiência de colher informações da comunidade científica sobre em que momento começa a vida, já que a constituição não define isso. Em entrevista, durante um dos intervalos da audiência pública, o ministro ainda reforçou o argumento dizendo que o Tribunal estaria a prestigiar “a sociedade civil mais de perto por meio desse setor organizado da comunidade médico-biológica” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007 a). Nesse sentido, ainda afirmou que: “Democracia é isso. É tirar o povo da platéia e colocá-lo no palco

das decisões que lhe digam respeito. É fazer do mero espectador um ator ou um autor do seu próprio destino”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007 a).

Os trabalhos seguiram a seguinte sistemática: dividiu-se a audiência em dois blocos, de modo que o de nº 1 correspondia aos *experts* indicados pela Procuradoria-Geral da República e pela CNBB (defensores da inconstitucionalidade da lei de Biossegurança), e o de nº 2 compreendia os indicados pelo Congresso Nacional, Presidente da República e pelos *amici curiae* (defensores da constitucionalidade da lei de Biossegurança). Promoveu-se um sorteio para ver que bloco falaria primeiro. O número 2 foi sorteado pela ministra Presidente, Ellen Gracie. Então primeiro foram expostas as considerações em favor da pesquisa com células-tronco embrionárias; e, posteriormente, as que lhe eram contrárias.

As primeiras especialistas a falar em favor da constitucionalidade da lei de Biossegurança (o que implica da improcedência da ADI de nº 3.510) que trouxeram argumentos interessantes a serem considerados foram a geneticista Mayana Zatz, presidente da Associação Brasileira de Distrofia Muscular, e a farmacêutica Patrícia Helena Lucas Pranke, presidente do Instituto de Pesquisa com Célula-Tronco. Patrícia Pranke explicou que os embriões ou são implantados no útero ou são congelados, sendo que esta última opção diminui as possibilidades de o embrião se desenvolver posteriormente. Ademais, os embriões seriam classificados em categorias com até quatro graus de qualidade, sendo que os embriões considerados de má qualidade seriam inviáveis. A questão que Patrícia Pranke suscitou foi: porque não realizar a pesquisa com esses embriões? Segundo a pesquisadora, boa parte das clínicas não chegam nem mesmo a congelá-los.

O que as pesquisadoras queriam propor não era discutir em que momento começa a vida, mas o que fazer com os embriões congelados que não vão ser fecundados em nenhum útero. Essa intenção restou clara desde a exposição de Mayana Zatz. Esta última ressaltou a importância dos tratamentos de doenças degenerativas por meio de células-tronco embrionárias. Suas palavras tiveram seu peso. Ela havia tido forte atuação na aprovação da lei de Biossegurança no Congresso Nacional (como ela mesma assumiu em sua sustentação). Mas o destaque de seu argumento foi enfatizar que esses embriões só vão vir a constituir um feto, se um ser humano intervir; e, que, portanto, não acreditava que fosse mais ético mantê-los congelados, sabendo que eles nunca serão implantados, ao invés de doá-lo para pesquisas que poderiam resultar em futuros tratamentos a

doenças graves, tais como doenças neurológicas, bem como na recuperação de pessoas vítimas de acidentes cerebrais vasculares e derrames, entre outros. Com sutileza, a cientista colocou que, realmente, no embrião há vida, pois possui células e toda célula é vida, mas que não se trata de um ser humano. Em suas palavras, a doação de células-tronco para pesquisa poderia ser equiparada a doação de órgãos por quem sofre morte cerebral.

Após a exposição dessas pesquisadoras, o coordenador da Divisão de Medicina Óssea da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto (FMRP), Júlio César Voltarelli, assumiu a tribuna e trouxe esclarecimentos sobre a diferença entre as pesquisas com células-tronco embrionárias e adultas. O professor trabalha com células-tronco adultas. Ele afirmou que um dos argumentos fortes por parte dos que são contra o uso das células de embriões é que elas não seriam necessárias, pois benefícios clínicos poderiam ser conseguidos com as células adultas. Segundo o professor, esse entendimento seria um erro, pois em várias doenças a utilização de células-tronco adultas não bastaria; elas não seriam suficientes, por exemplo, para tratar várias doenças auto-imunes em seu estágio precoce.

Um ponto interessante da audiência foi a participação do músico Herbert Viana, convidado da Dra. Lúcia Braga, pesquisadora chefe da Rede Brasil Sarah de Hospitais de Reabilitação. Para muitos, a presença do músico foi considerada apelativa, já que o mesmo se encontra paraplégico e com sequelas neurológicas advindas de um acidente de ultraleve em Mangaratiba (RJ) no ano de 2001. Herbert disse ser importante trazer para o debate a questão de que os defensores da constitucionalidade da lei não estão incorrendo em um “pecado mortal”, mesmo porque as pessoas que podem usufruir no tratamento não passam de pais que, eventualmente, tenham sido inutilizados em um acidente e que sonham em voltar à ativa para trazer conforto a seus filhos.

A primeira convidada do bloco contra a constitucionalidade da lei de Biossegurança, a professora-adjunta do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília (UnB), Lenise Martins, defendeu a vida humana inicia na fecundação. Assim, a pesquisa com células-tronco embrionárias implicaria no sacrifício dessas vidas. Com base no mesmo argumento, Lílian Piñero Eça sustentou que existiria um “diálogo” entre o embrião humano e sua mãe, pois a biologia molecular revela que, em cerca de duas a três horas depois da fecundação, o embrião já se comunica com a mãe por meio das moléculas. E Marce-

lo Vacari Mazzenoti argumentou que não haveria fato objetivo e concreto que confirmasse a utilidade da pesquisa com essas células, ao contrário do que se registraria com as células-tronco adultas.

Diversos convidados defenderam a inconstitucionalidade da lei de Biossegurança; e outros, a sua constitucionalidade, mas seus argumentos são por demais repetidos. O que nos interessa é a proposta da Corte de participação da sociedade no processo de tomada de decisão — que estaremos utilizando na análise dos votos da ADI de nº 3.510. Portanto, resta saber para que serviram todos os depoimentos, ou seja, se concretamente a Corte ouviu ou não a sociedade por meio dos instrumentos de participação popular.

Primeira sessão: o voto do ministro-relator

Seguindo a “regra escrita” do art. 131 do RISTF⁷⁷, a Presidente do Plenário, então ministra Ellen Gracie, na sessão do dia 05.03.2008, concedeu a palavra ao ministro Carlos Britto para que apresentasse o relatório. A palavra foi então passada ao autor da ação, o Procurador-Geral da República, e posteriormente à CNBB, a Advocacia-Geral da União, ao Congresso Nacional e aos *amici curiae* presentes⁷⁸

⁷⁷ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 131: “Nos julgamentos, o Presidente do Plenário ou da Turma, feito o relatório, dará a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente, peticionário ou impetrante, e ao réu, recorrido ou impetrado, para sustentação oral. § 1º O assistente somente poderá produzir sustentação oral quando já admitido. § 2º Não haverá sustentação oral nos julgamentos de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar. § 3º Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do artigo 132 deste Regimento. § 4º No julgamento conjunto de causas ou recursos sobre questão idêntica, a sustentação oral por mais de um advogado obedecerá ao disposto no § 2º do artigo 132”.

⁷⁸ Nesse momento prévio ao voto do ministro-relator falaram: pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza; pelo *amicus curiae* Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, o Professor Ives Gandra da Silva Martins; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli; pelo requerido, Congresso Nacional, o Dr. Leonardo Mundim; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos - CDH, o Dr. Oscar Vilhena Vieira e, pelos *amici curiae* Movimento em Prol da Vida - MOVITAE e ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, o Professor Luís Roberto Barroso.

(§3º, art. 131, RISTF). Cada pessoa que sobe à tribuna possui no máximo 15 minutos para fazer sustentação oral (art. 132, RISTF)⁷⁹.

No dia do julgamento, os gabinetes ficam cheios de “burburinhos”. A questão dessa primeira sessão — dizia-se — é que os ministros não queriam decidir a ADI de nº 3.510. Segundo o depoimento de um servidor do STF, os ministros estavam receosos sobre as repercussões do julgamento, mesmo porque alguns ministros ainda não tinham o voto escrito concluído e não sabiam que posição adotar. A solução dos ministros foi providencial: combinado ou não, houve um pedido de vista, um brecha constante no art. 134 do RISTF⁸⁰ que permite que o julgamento seja adiado para segunda sessão ordinária subsequente, prazo nem sempre cumprido.

Em primeiro momento, o relatório do ministro Carlos Ayres Britto chamou-me bastante a atenção, pois desde o início ele indicou a necessidade de uma audiência pública sobre o tema, bem como da abertura para *amicus curiae*, no sentido de alcançar “decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira, no tema”. Todavia, quando partimos para análise de seu voto, notamos que, apesar de ponderar no relatório sobre as perspectivas apresentadas por biólogos e geneticistas, o teor do voto se restringe a análises dos textos legais e constitucionais, em um jogo de articulação da letra da “lei” e do que “ela” revela⁸¹.

⁷⁹ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 132: “Cada uma das partes falará pelo tempo máximo de quinze minutos, excetuada a ação penal originária, na qual o prazo será de uma hora, prorrogável pelo Presidente. § 1º O Procurador-Geral terá prazo igual ao das partes, falando em primeiro lugar se a União for autora ou recorrente. § 2º Se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo, que se contará em dobro, será dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente entre eles não se convencionar. § 3º O oponente terá prazo próprio para falar, igual ao das partes. § 4º Havendo assistente, na ação penal pública, falará depois do Procurador-Geral, a menos que o recurso seja deste. § 5º O Procurador-Geral falará depois do autor da ação penal privada. § 6º Se, em ação penal, houver recurso de co-réus em posição antagônica, cada grupo terá prazo completo para falar. § 7º Nos processos criminais, havendo co-réus que sejam co-autores, se não tiverem o mesmo defensor, o prazo será contado em dobro e dividido igualmente entre os defensores, salvo se estes convencionarem outra divisão do tempo”.

⁸⁰ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 134: “Se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente. § 1º Ao reencetar-se o julgamento, serão computados os votos já proferidos pelos Ministros, ainda que não compareçam ou hajam deixado o exercício do cargo. § 2º Não participarão do julgamento os Ministros que não tenham assistido ao relatório ou aos debates, salvo quando se derem por esclarecidos. § 3º Se, para o efeito do quorum ou desempate na votação, for necessário o voto de Ministro nas condições do parágrafo anterior, serão renovados o relatório e a sustentação oral, computando-se os votos anteriormente proferidos”.

⁸¹ Sobre essa visão positivista do direito leia-se Kelsen (1998).

Dessa perspectiva, a aplicação da lei desconsidera o seu contexto atual, ou seja, consiste em uma interpretação da norma jurídica compreendendo que ela por si só é capaz de solucionar os fatos da vida considerados relevantes para o direito. E com base nessa articulação, o ministro afasta a possibilidade de se adotar uma teoria sobre o momento do surgimento da vida para determinar a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, já que a constituição não define isso. A abertura de audiência pública e abertura da Corte para *amicus curiae* nos levou a pensar que haveria uma ponderação sobre as influências dos demais campos (social, econômicos, religioso, político, etc.) sobre o tema levado. No entanto, isso não está explicitado no voto, embora possa acontecer de os argumentos trazidos na audiências o terem influenciado. Com efeito, a impressão que prevalece é que o voto do ministro Carlos Ayres Britto não foi desenvolvido somente com base na “regra escrita”. Mas mesmo que isso tenha acontecido, o contexto mais amplo da discussão estava ausente das justificativas da sua decisão.

Ademais, quando da segunda sessão, o ministro-relator confirmou o seu voto após a manifestação do ministro Menezes Direito. Como veremos adiante, ao contrário do ministro Carlos Ayres Britto, o ministro Menezes Direito adentra em questões filosóficas e teleológicas, e, por isso, no momento da confirmação de seu voto, o ministro Carlos Ayres Britto afirmou que haiva tentado evitar tais discussões, pois, além de serem infinitas, elas não coadunariam com o direito.

A ADI de nº 3.510 foi presidida por dois ministros. Até a primeira sessão a ministra Ellen Gracie ainda presidia o julgamento; entretanto, a segunda e terceira sessões já entraram na agenda da Presidência do ministro Gilmar Mendes. Na primeira sessão, após o ministro-relator proferir o seu voto, o ministro Celso de Mello teceu elogios ao ministro e, em seguida, o ministro Menezes Direito pediu vista (art. 134, do RISTF)⁸² dos autos, uma atitude que todos os ministros já esperavam. Então, a ministra Ellen Gracie, na condição de Presidente do Supremo, pediu para antecipar seu voto, mesmo depois do ministro Menezes Direito ter pedido vista dos autos — razão de certo espanto entre os demais ministros. De certo, o RISTF permite, em seu art. 135, § 1º⁸³, que um ministro possa adian-

⁸² Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 134: “Se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente”.

⁸³ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 135, §1º: “Os Ministros poderão antecipar o voto se o Presidente autorizar”.

tar seu voto se o Presidente assim o permitir. Mas não existe nada que proíba ou autorize o Presidente da sessão a se autorizar a adiantar o voto. Porém, a tradição dos julgados do Supremo, assim por dizer a “regra não escrita” que permeia o campo, é que o voto do Presidente seja o último a ser proferido. A ministra Ellen Gracie quando suscitada pelos ministros Menezes Direito e Marco Aurélio sobre o porquê de tanta urgência, justificou que:

Inobstante a inexistência de medida liminar, sabe-se, é de conhecimento geral — que as pesquisas, se não foram paralisadas sofreram um sensível desestímulo durante esse período. Tenho certeza de que Vossa Excelência [ministro Menezes Direito], com a sua diligência, trará o processo dentro em breve. No entanto, esta cadeira me traz, infelizmente, a tarefa de rememorar aos Colegas que temos, na fila, para serem chamados a julgamento por este Plenário, nada menos que 565 outros processos.

A ministra Ellen Gracie apresentou em poucas palavras o que seu voto continha na versão escrita (a versão escrita foi juntada à parte posteriormente, como de costume entre ministros). O voto contou a história da fertilização *in vitro* e comparou a legislação pátria e a do Reino Unido⁸⁴ sobre o tema. A ministra defendeu que o Supremo não possuiria competência para definir conceitos; e, que, portanto, ela não abordaria isso, apesar de a definição de que momento surge a vida humana ser o ponto reclamado na ADI:

“Buscaram-se neste Tribunal, a meu ver, respostas que nem mesmo os constituintes originário e reformador propuseram-se a dar. Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências. A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988.

⁸⁴ Segundo consta no voto da ministra Ellen Gracie, o Reino Unido possui uma lei sobre o tema, qual seja a *Human Fertilisation and Embriology Act* de 1990. De acordo com esse diploma, as pesquisas com células-tronco embrionárias podem ser feitas até 14 dias de sua fecundação, pois o entendimento é de que nesse período não existe um embrião, ou seja, uma vida humana, mas tão-somente células.

Por ora, cabe a esta Casa averiguar a harmonia do artigo 5º da Lei 11.105, de 24.03.2005, (Lei de Biossegurança) com o disposto no texto constitucional vigente.”

Contudo, a ministra adotou uma interpretação muito própria do diploma do Reino Unido, *Human Fertilisation and Embriogy Act* de 1990, interpretação que não guarda sintonia com a legislação inglesa. Enquanto a ministra pretendia não definir conceitos, o pilar dos debates da lei inglesa esteve justamente na definição de que momento surge a vida humana. A premissa do *Human Fertilisation and Embriogy Act* de 1990 é de que a Pesquisa com células-tronco embrionárias após 14 dias da fecundação do óvulo seria uma violação ao direito à vida. Desta perspectiva, a argumentação da ministra só resolve uma das questões suscitadas na ADI de nº 3.510, qual seja, a pesquisa com células-tronco embrionárias *inviáveis* recém-congeladas. Restaria ainda justificar o uso dos embriões *viáveis* não utilizados. Com base no princípio utilitarista, a ministra conclui brevemente que destinar os embriões que, muito provavelmente, não seriam fecundados para a pesquisa científica constituir-se-ia uma atitude nobre, atitude que não esbarraria no direito fundamental à vida. No entanto, não estão claros no voto o porquê disso. A ministra se limitou a dizer que a improbabilidade de geração de novos seres humanos afasta a violação ao direito à vida.

Assim, o que temos na primeira sessão do julgamento da ADI de nº 3.510 são os votos que buscam fundamentar a decisão na lei, com o uso de premissas contraditórias: no caso do ministro Britto, todo o esforço de ouvir a sociedade foi ignorado no seu voto; no caso da ministra Ellen Gracie, as suas conclusões são contraditórias com o exemplo que ela utiliza para fundamentá-las. Se há algo em comum nos votos é que eles buscaram evitar o cerne da questão, conforme suscitada pelo pedido de declaração de inconstitucionalidade e presente na dogmática jurídica.

Segunda sessão: o voto-vista

A segunda sessão plenária do julgamento da ADI de nº 3.510 ocorreu em 28.05.2008, dois meses depois da primeira. O primeiro ministro a se pronunciar foi Menezes Direito, que, conforme o regimento interno (art. 134, RISTF), deveria ter apresentado voto-vista até a segunda sessão ordinária subsequente. Como já ressaltamos acima, é comum que o voto-vista não seja apresentado dentro

deste prazo; afinal, para a regra “não escrita”, o voto-vista consiste em um meio de se evitar o julgamento da questão, adiar a decisão. Nesta sessão, ainda tivemos a confirmação do voto do ministro-relator, e, entre vários debates, os votos da ministra Cármen Lúcia, e dos ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso.

O voto-vista do ministro Menezes Direito apresentou uma resumo do voto do ministro-relator, foi demasiadamente extenso e criterioso na definição de conceitos e na ponderação entre os vários dados científicos apresentados nos memoriais, visitas dos cientistas, ligações a autores do tema e colhidos na audiência pública. A sua decisão foi pela declaração parcial de inconstitucionalidade de determinados termos do art. 5º da lei de Biossegurança, de modo que a pesquisa com células-tronco embrionárias seria constitucional, desde que realizada a partir da extração de única célula dos embriões congelados a mais de 3 anos ou a partir dos embriões inviáveis que comprovadamente insubsistentes por si mesmos (param de apresentar desenvolvimento após 24 horas na placa de Petri). De qualquer modo, não é a decisão que nos importa, mas o caminho tomado pelo ministro para chegar a ela. Para alcançar esse entendimento, o ministro apresentou larga reflexão sobre o que seria dignidade, a quem ela pertence e em que momento a vida surge, com base em autores como Santo Tomás de Aquino, Umberto Eco, Immanuel Kant, Ludwig Wittgenstein, Aristóteles, Arthur Schopenhauer. Com base na reflexão sobre esses filósofos e sobre o que dizem os cientistas, o ministro defendeu a parcial inconstitucionalidade da lei por compreender que, desde a concepção, ter-se-ia uma vida humana em desenvolvimento, dotada de dignidade, independente de já possuir uma personalidade ou não:

“Não me parece razoável afirmar que a vida sem personalidade não é vida, como se a personalidade é que atribuisse a condição de vida e não que fosse um atributo dela. A pessoa (do art. 2º do Código Civil) é tão somente uma sombra na caverna das legislações. O ser que a projeta é que merece a atenção do jurista. É de se perguntar se o mutismo e a surdez da sombra, se a sua forma distorcida, é que definirão o tratamento a ser dado à sua realidade. Na verdade, o direito à vida tem extensão abrangente, que enlaça a dignidade da pessoa humana, justificando-a.”

O seu voto rebate veementemente o uso do princípio do utilitarismo apresentado pela ministra Ellen Gracie na primeira sessão. A oposição não se fez de modo explícito ao voto da ministra. Menezes Direito conclui que o uso do princípio utilitarista não coaduna com a vontade constitucional, pois não condiz com a dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional (art. 1º, III, CF/88). Por outro lado, o ministro — diversas vezes em seu voto — retomou a questão religiosa. O comentário exige que façamos um parêntese. Conforme os dados que colhi em campo, o ministro era extremamente católico; entretanto, nesse voto, teria que enfrentar as questões da lei de Biossegurança como ministro, de tal sorte que teria de seguir as regras do campo e não basear-se em ponderações religiosas sobre o tema. Justamente por isso, o ministro declarou que respeitava o princípio constitucional de liberdade religiosa e, que sua decisão seria baseada tão-somente em dados científicos e valores éticos.

Seguindo os tramites da sessão, após um pequeno debate sobre a extensão do alcance do voto do ministro Menezes Direito, e o ministro-relator ter confirmado sua decisão, a ministra Cármen Lúcia proferiu seu voto. Antes de entrar no voto propriamente dito, a ministra teceu considerações sobre os anseios sociais em torno do julgamento. Ela defendeu a constitucionalidade da lei no que tange à pesquisa com células-tronco, baseando o seu argumento também na dignidade. Segundo ela, seria mais digno ao embrião, seja ele vida humana ou não, promover as pesquisas, o desenvolvimento da ciência e os tratamentos médicos, do que tornar-se “lixo genético” a ser descartado. A afirmação é, em parte, retórica, mas nem por isso menos impactante. A ministra demonstrou-se estar preocupada com a repercussão social da decisão, em especial com a ilusão que a mídia estava gerando de que, após a decisão, os tratamentos com células-tronco seriam rapidamente iniciados, como se não prescindissem de pesquisa e desenvolvimento. Com base neste argumento, defendeu que seria preciso fazer uma interpretação conforme a constituição do objetivo “terapia” do artigo questionado, pois não se poderia permitir que pessoas desesperadas por cura fossem usadas como cobaias nas pesquisas. O discurso da ministra, basicamente, defendeu que ao juiz constitucional incumbe o dever de se fazer cumprir o texto constitucional, independente de quais sejam os anseios sociais:

“Entretanto, as manifestações momentâneas, dotadas de profunda, repito, legítima e compreensível emoção que envolve o tema e as suas consequências sociais, não alteram,

não desviam — nem poderiam — o compromisso do juiz do seu dever de se ater à ordem constitucional vigente e de atuar no sentido de fazê-la prevalecer.”

Afirmou também que a sua decisão foi baseada tão somente na constituição:

“A Constituição é minha Bíblia, O Brasil, minha única religião. Juiz no foro, cultua o Direito. Como diria Pontes de Miranda, assim é porque o Direito assim quer e determina. O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra, e o direito, imparcial.”

Assim, embora preocupada com os efeitos sociais de seu voto, a ministra partiu do pressuposto de que as questões jurídicas poderiam ser decididas exclusivamente com base na lei.

Depois do voto da ministra, ainda tivemos o do ministro Eros Grau. Vários ministros já haviam votado, e, pelo delongar das horas, todos já olhavam com inquietude para o ministro, na expectativa do seu voto e, mais especialmente, do tamanho deste. Não é de se admirar que o ministro conseguiu apreender a atenção de todos. Ele proferiu um voto cheio de idas e vindas, deixando sérias dúvidas sobre qual seria o seu posicionamento. Primeiramente, o ministro tomou como fundamento inicial considerações sobre a interpretação da lei que se estava a analisar. Com base em Gadamer (1993), o ministro falou do intérprete como um ser de historicidade, dotado de pré-compreensões; entretanto, o ministro também desvirtuou as palavras daquele, pois concluiu que, por um ato intelectual, o intérprete pode afastar-se conscientemente de todas as pré-compreensões que o constituem como um ser histórico:

“Protegido contra todas as arbitrariedades retóricas e as demais, de ordem múltipla e variada, especialmente as criptoconômicas, deixo-me determinar pela matéria objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana [arts. 1º, III, e 5º, caput, da Constituição do Brasil].”

A interpretação que o ministro fez de Gadamer (1993) é um tanto idiosincrática. Gadamer defende que o intérprete é também um ser mergulhado na história e que é preciso levar o fato às suas últimas consequências. Desta perspectiva, as pré-compreensões não são apenas inevitáveis, elas são a própria condição necessária da interpretação: para conhecer o outro parte-se sempre da sua

visão de mundo. Reconhecer essa condição significa possuir uma consciência histórica, o que coloca o intérprete em posição de procurar uma interpretação que busque defender o sentido mais racional do texto contra toda forma de imposição. Desse modo, o intérprete não pode desconsiderar que “la posición entre extrañeza y familiaridad que ocupa para nosotros la tradición es el punto medio entre la objetividad de la distancia histórica y la pertenencia a uma tradición” (GADAMER, 1993. p. 365). Assim, contrariando Gadamer (1993), no qual explicitamente se fundamenta, o ministro passou a expor as definições do início da vida humana, comparando a legislação infraconstitucional de 1916 e de 2002 (Código Civil). E, com base nesta comparação, o ministro associa o sentido de vida humana ao conceito de movimento, para concluir que, se o embrião congelado não está em desenvolvimento vital, o mesmo não constitui vida humana.

Após Eros Grau, votaram ainda os ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso, mas trataremos aqui também do voto do ministro Ricardo Lewandowski. O ministro Joaquim Barbosa decidiu no sentido da total improcedência da ação, ou seja, a lei de Biossegurança resta constitucional. O ministro Cezar Peluso decidiu pela constitucionalidade da lei de Biossegurança, mas salientou que haveria necessidade de interpretar alguns pontos da lei conforme à constituição, já que entendeu que o embrião possui condição humana, de modo que estaria protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Já o ministro Ricardo Lewandowski optou pela parcial inconstitucionalidade da lei de Biossegurança, por cinco motivos. Primeiro, a leitura do art. 5º da lei de Biossegurança deve compreender como embriões humanos inviáveis os que já não apresentam mais desenvolvimento após 24 (vinte e quatro) horas; em segundo, os embriões congelados disponíveis para pesquisa seriam tão-somente os embriões que atingiram esse início de clivagem celular. Em terceiro, o uso das células-tronco embrionárias para pesquisa não pode incorrer em destruição do embrião, logo, acompanhou o ministro Menezes Direito no que tange à técnica de remoção de uma única célula do embrião. Em quarto, os genitores não só precisam consentir sobre o uso do embrião para pesquisa, como precisam estar informados sobre o tema. Por fim, os projetos de pesquisa dependeriam não só da aprovação dos comitês de ética, mas também de prévia autorização e permanente fiscalização de órgãos públicos.

O caminho para chegar a essa conclusão fez os ministros tecerem ponderações sobre em que momento começa e deve ser protegida a vida e sobre o que

é a dignidade humana a partir da exegese das “regras escritas” (constituição de 1988, leis e tratados internacionais sobre bioética e dignidade humana). Assim, os votos dos ministros repetem o mesmo movimento que vimos nos outros votos. Todos afirmaram a autonomia do direito em relação aos demais campos e saberes da sociedade, pois rechaçaram a possibilidade de interferências religiosas, sociais ou morais, quando da análise da constitucionalidade da lei de Biossegurança. Desta perspectiva, é como se dissessem que a lei vale pela lei e não pelo que ela representa à sociedade que rege. Isso também nos chama a atenção por contrariar as premissas do Supremo verificadas acima, quando tratamos da abertura procedimental e da compreensão da constituição como cultura (HÄBERLE, 2005). Esse movimento é evidente, por exemplo, no pronunciamento do ministro Joaquim Barbosa, quando afirmou que:

“Nesse ponto, creio que a lei respeita três primados fundamentais da República Federativa do Brasil inseridos na Constituição Federal: a laicidade do Estado Brasileiro (art. 19, I da CF/88), traduzida também no respeito à liberdade de crença e religião (art. 5º, VI), o respeito à liberdade, na sua vertente da autonomia privada (art. 5º, *caput*) e o respeito à liberdade de expressão da atividade intelectual e científica (art. 5º, IX).”

Assim, os caminhos adotados nos votos dos ministros demonstram o mesmo comportamento que registramos na primeira sessão: o de aplicação da lei pela lei. Em oposição, portanto, a todo o movimento da instituição que registramos na primeira parte.

Terceira sessão: os embates sobre as extensões dos votos

Também pelo delongar das horas, a segunda sessão foi encerrada. No dia seguinte, o Plenário novamente se reuniu para terminar o julgamento da ADI de nº 3.510. O julgamento seguia indefinido. Não havia ainda maioria e, mesmo que se considerasse um dos lados como vencedor, a decisão ainda não estaria clara. Isso porque a extensão do voto de cada ministro havia sido diversa⁸⁵. Essa expressão significa que os votos dos ministros podem ser no mesmo sentido, mas são, no fundo, diferentes naquilo que concedem. Por exemplo, o ministro Menezes Direito e a ministra Cármen Lúcia decidiram pela parcial inconstitucionalidade

⁸⁵ Quando falamos em “diferentes extensões” utilizamos a nomenclatura nativa do Supremo.

dade da lei de Biossegurança, mas quando analisamos os votos deles vemos que a decisão não é a mesma. Elas podem ter pontos em comum, mas têm “extensões” distintas. Ademais, o posicionamento de qualquer ministro ainda poderia ser alterado. A sessão foi aberta pelo ministro Presidente, Gilmar Mendes, e em seguida a palavra foi passada para o ministro Cezar Peluso. Disse ele que:

“A população interpreta-me mal, pois não votei pela improcedência por não considerar a suposta vida do feto, mas porque existem instrumentos na lei de controle por meio de conselhos que definiram os parâmetros, bem como a descrição de crime para quem ultrapassar esses limites.”

Lembramos que, na sessão anterior, o ministro havia proferido voto no sentido da parcial inconstitucionalidade da lei e, na sustentação oral, afirmara que sua decisão estava adstrita ao texto da constituição. Entretanto, apesar de assim se expressar, na terceira sessão expôs a sua preocupação com os reflexos sociais de sua decisão.

No seguir dos tramites, votou o ministro Celso de Mello. Ele foi enfático em destacar que o Brasil é um Estado Laico, de modo que não está submisso as regras morais defendidas por qualquer religião:

“O fato irrecusável é que, nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas.”

Mas como poderia se afastar o Estado da religião quando seus cidadãos possuem arraigado seguimento religioso ou quando consideramos que a própria constituição é permeada de valores de origem cristã? De toda forma, o ministro, com base nessa explanação inicial de laicismo, decidiu pela constitucionalidade da lei de Biossegurança, compreendendo que se deve proteger a vida humana de forma digna, sendo que o embrião não seria nem mesmo um ser humano em potencial, já que nunca será implantado em um útero.

Em seguida, em meio a debates com o ministro Celso de Mello, o ministro Marco Aurélio proferiu voto que definiu a constitucionalidade da lei de Biossegurança, ao somar o sexto voto neste sentido. O caminho tomado pelo ministro

para alcançar essa decisão decorreu de uma análise da evolução histórica sobre as concepções do momento no qual começaria a vida. O ministro utilizou-se desde elementos bíblicos até decisões recentes de Supremas Cortes de outros países, além da referência a legislação estrangeira. No final, posiciona-se pela aplicação da lei pela lei:

“Devem-se colocar em segundo plano paixões de toda ordem, de maneira a buscar a prevalência dos princípios constitucionais. Opiniões estranhas ao Direito por si sós não podem prevalecer, pouco importando o apego a elas por aqueles que as veiculam. O contexto apreciado há de ser técnico-jurídico, valendo notar que declaração de inconstitucionalidade pressupõe sempre conflito flagrante da norma com o Diploma Maior, sob pena de relativizar-se o campo de disponibilidade, sob o ângulo da conveniência, do legislador eleito pelo povo e que em nome deste exerce o poder legiferante.”

Percebemos, pelas palavras do ministro, que ele acredita poder afastar quaisquer elementos que não estejam contidos na constituição. Em outras palavras, a decisão teria sido tomada com suporte exclusivamente jurídico, o que faz a existência da audiência pública e da participação popular inútil, já que toda a compreensão da questão pode se restringir ao texto da lei.

Enfim, o ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto, ao final. E, nisso, como vimos, seguiu o costume, já que estava na Presidência do Tribunal. A decisão do ministro foi pela improcedência da ação. No entanto, como outros ministros, condicionou a constitucionalidade da lei à interpretação “conforme à constituição” de alguns de seus aspectos. Assim, para o ministro, “a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao ministério da Saúde”.

Não há muito a comentar sobre o voto do ministro Gilmar Mendes, pois ele repetiu o mesmo movimento que registramos no voto dos outros ministros de aplicação da “lei pela lei”, no sentido de negar a influência dos demais campos no direito. Mas ele fez uma análise mais profunda das legislações exteriores, apresentando requisitos legais daquelas que não são encontrados na lei brasileira, como o princípio da responsabilidade (proibição de proteção deficiente).

Mas, de todo modo, o voto do ministro Presidente, assim como o ministro-relator, evitou enfrentar a questão de qual o momento se iniciaria a vida:

“Assim, a questão não está em saber quando, como e de que forma a vida humana tem início ou fim, mas como o Estado deve atuar na proteção desse organismo pré-natal diante das novas tecnologias, cujos resultados o próprio homem não pode prever.”

Apesar de terminada a votação, ainda não se sabia qual era o seu resultado. Eles então passaram a discutir qual teria sido a decisão do colegiado. O ministro Celso de Mello suscitou a questão de que a decisão seria de total improcedência da ação, por maioria de 6 votos. Entretanto, o ministro Cezar Peluso não aceitou tal decisão e olhava atento para vários ministros sugerindo que a decisão ainda poderia ser alterada. Para o ministro Cezar Peluso, se toda lei fosse suficiente o Tribunal (o Supremo) não existiria, e insistia na necessidade dos votos que indicavam uma interpretação conforme à constituição (o que a técnica do Supremo coloca como parcial inconstitucionalidade) tivessem um caráter vinculativo, pois a correta aplicação da lei de Biossegurança dependia das considerações tecidas nesses votos.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Folgo muito em ouvir, e sempre o faço com grande prazer e aprendo sempre, o que disse o Ministro Celso de Mello, porque Sua Excelência me deu, agora, um fundamento mais imediato para sustentar minha posição, que é apenas a de de + clarar [a representação gráfica condiz às expressões do ministro], isto é, deixar claro. Por quê? Porque, se há um sistema óbvio, o que custa ao Tribunal tornar claro que o sistema existe? E por que torná-lo claro? Porque há, teoricamente, possibilidade de revogação das resoluções em pontos que atinjam a necessidade da existência desse órgão central.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO: Para nós, a lei é suficiente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Excelência, se a lei fosse suficiente, não existiria tribunal!

Porém o que argumentou os ministros Carlos Ayres Britto e Celso de Mello é que, como se tratava de uma decisão pela total improcedência, não restaria nada a declarar, mas sim declarar improcedente a ação. O ministro Cezar

Peluso insistiu, indicando a necessidade de considerar os demais votos para uma correta interpretação, pois receava que não ficasse clara a necessidade de existirem unidades de monitoramento do uso das células-tronco embrionárias. Por outro lado, o ministro Celso de Mello persistia no argumento de que isso não dependeria de declaração já que existia essa exigência na lei que seria regulamentada por outros meios. Mas, em certo momento do embate, o ministro Cezar Peluso esclareceu, ao menos em parte, os seus receios:

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Excelência, estamos discutindo palavras, diante de uma realidade que exige clareza, sobretudo.

O SR. MINISTRO CELSO DE MELLO: Mas há tanta clareza, parece-me que não há déficit de clareza, não há déficit de regulamentação, ao contrário, e de qualquer maneira, uma regulação normativa, advinda do Congresso Nacional, será importante e esse é um dado concreto. Mas o fato é que, efetuado o julgamento, seis votos julgam pura e simplesmente improcedente a ação direta e nada mais propõem. É isso que se aguarda que o eminente Presidente proclame.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Sim. Excelência, que mal há em deixá-lo claro?

O SR. MINISTRO CELSO DE MELLO: Isso decorre do exame dos votos. Seis votos nada dizem sobre isso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Excelência, ontem eu declarei várias coisas, os jornais publicaram outras, hoje. Ontem deixei claras várias coisas.

Ou seja, o temor do ministro era que a decisão fosse mal interpretada e que não se criasse o Comitê Central de Ética para controle do uso dessas células-tronco embrionárias destinadas à pesquisa. Os embates só resolveram-se quando o ministro Gilmar Mendes deixou evidente que a intenção do ministro Cezar Peluso era que a necessidade de existência desse Comitê fosse elemento central da decisão. De todo modo, o ministro Cezar Peluso perdeu o embate, pois nenhum dos ministros mudou o voto, e a decisão ficou pela total improcedência da ação, sem aditivos de interpretação conforme, apesar de ficarem registrados os apelos do ministro. Isso demonstra que, mesmo que os ministros levem votos escritos, mantenham um constante debate com o gabinete sobre a questão, não estão fechados ao debate com os outros ministros. A decisão pode ser alterada

até o último momento. Enfim, a terceira sessão foi encerrada com entendimento de que a decisão era pela total improcedência da ADI de nº 3.510, mas que, ao mesmo tempo, as considerações dos votos vencidos precisavam ser apreciadas.

Mas, novamente, nessa terceira sessão terminamos a análise dos votos dos ministros sem notar elementos que fizessem a ligação das fundamentações dos votos com toda a dinâmica de funcionamento do Tribunal que verificamos na primeira parte do estudo. Assim, a proposta agora é colocarmo-nos à reflexão dessa diferenciação entre o caminho da decisão e a fundamentação do voto.

A distância entre o caminho da decisão e a justificação

O exame dos votos da ADI de nº 3.510 mostra que, entre o processo de decisão e a justificação dos votos, há uma grande distância. Com efeito, quando os examinamos, toda a “dança” do ministro com seus assessores, as visitas, os advogados e a hierarquia de estamentos desaparecem, e os votos se atêm a caminhos estritos, à análise do texto da lei. Queremos agora compreender o porquê disso.

O fato é que as justificativas dos votos no julgamento da ADI de nº 3.510 basearam-se, quase todas (com a possível exceção do ministro Menezes Direito), em interpretações dogmáticas da lei, desconsiderando os demais campos — particularmente a relação entre poder, direito e política⁸⁶. Quando os ministros se

⁸⁶ Para Foucault (2000) a concepção de “poder” jurídica era errônea. Isto, pois o pensamento jurídico induz ao entendimento de que poder é repressão, ao passo que poder seria fonte de produção da realidade, discurso, saber, e verdade. Ocorre que a concepção do direito de poder utiliza uma tradição de modelo formal, o que é insuficiente para compreensão do poder, já que as relações de poder estão em constante movimentação. Por isso, ao se afastar da concepção jurídica de poder para propor que o poder é algo que pertence a uma classe, com indicaram os marxistas (poder atrelado à classe dominante), mas como algo que surge das relações de enfrentamento perpétuo. Assim, as relações de poder obedecem a uma dinâmica dentro de uma rede que permeia toda a sociedade, de modo a integrar as diferentes formas de relações de poder que são interdependentes. Nessa perspectiva, poder decorre sempre de uma relação de forças, ou seja, a idéia pressuposta é que sempre haverá certas pessoas, as quais exercem poder sobre outras, o que gera um conjunto de ações que induzem a outras ações continuamente. Sobre o enlace da política e direito, já dizia Kelsen (2003. p. 251) que: “Não se vê, ou não se quer ver, que ele [poder] tem sua continuação ou até, talvez, seu real início na jurisdição não menos que no outro ramo do executivo, a administração. Se enxergarmos ‘o político’ na resolução de conflitos de interesse, na ‘decisão’ — para usarmos a terminologia de Schmitt — encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder. O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política — mas não a ‘verdadeira’ jurisdição — é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva”.

colocaram na posição de afirmar que não caberia, no julgamento, discutir em que momento começa a vida, eles [Benedita aqui] também estavam expressando a vontade de autonomia do campo jurídico em relação aos demais campos (político, econômico, científico, religioso etc.); neste sentido, os ministros assumiram o caminho do estranhamento⁸⁷, do distanciamento da realidade social que os engloba, para sistemática e explicitamente⁸⁸ se descontaminarem dela. Nesse sentido, os votos se afastaram estrategicamente dos elementos morais e valorativos que envolvem o entendimento do momento do surgimento da vida humana, em nome, como diria Bourdieu (2000), da “lei pela lei”. Em outras palavras, toda a votação da ADI diz, no plano sociológico, que aceitar a reflexão que nos termos em que a sociedade propõe ao direito, num certo sentido, negaria a autonomia do campo jurídico⁸⁹.

Por outro lado, quando enfrentam a questão, como foi o caso do ministro Menezes Direito, o fazem com a retórica própria do direito. Parte desta retórica está, no voto do ministro, em afirmar que, apesar de suas crenças pessoais, ele iria enfrentar a questão de maneira isenta. Mas a mesma estratégia encontramos no outros votos, como o da ministra Cármen Lúcia, ao dizer que entendia ser melhor entregar o embrião à pesquisa do que deixá-lo virar “lixo genético”. Veja, toda palavra possui sua força, e a sustentação não é só para os ministros, mas também para o público que ultrapassa o tribunal e o próprio campo do jurídico. A sustentação oral é também o exercício do poder simbólico, o jogo pela articulação das palavras que mantém o domínio, o monopólio do direito sobre a interpretação da lei — que não se justifica simplesmente por interesses éticos ou econômicos, mas pelas relações do campo, pela luta pelo reconhecimento da competência jurídica (BOURDIEU, 2000). É preciso não esquecer que os ministros competem entre si pelo capital jurídico, cuja base é, justamente, o reconhecimento pelos seus pares da competência para dizer o bom direito. A retórica, o conhecimento sobre várias legislações e o domínio de teorias são instrumentos para tanto.

⁸⁷ Sobre a palavra estranhamento é utilizada por Ricoeur (1977), entretanto, nos serve bem para expressar a idéia de Bourdieu (2000).

⁸⁸ Quando me refiro a estranhamento “sistemática e explicitamente” me refiro à Teoria Pura de Hans Kelsen (1988), especificamente ao plano normativo por esse autor desenvolvido.

⁸⁹ Mais adiante abordaremos com mais enfoque as questões propostas por Bourdieu (2000). Por hora, basta a compreensão de que para Bourdieu (2000) o campo jurídico afirma sua autonomia por meio de detenção de capital simbólico, o que se promove de várias formas, como a linguagem, as competências, etc.

Assim, os votos na casuística da ADI de nº 3.510 negaram a contaminação do direito pelo mundo que o envolve, seus fatores econômicos, sociais e políticos, quando afirmaram a possibilidade da pura e simples aplicação da lei ao caso. Esse processo de estranhamento que o direito constrói em relação aos demais campos e saberes pode ser entendida como uma característica da tradição jurídica brasileira, tal como percebeu Abreu (2013)⁹⁰. Para este autor, a prática dos “operadores do direito” é de negar o momento da interpretação como criativo (o intérprete cria o direito ao compreendê-lo de certo modo), de tal forma que o direito seria obra de si mesmo, assim:

“A narrativa dos manuais representa, portanto, um ato de vontade coletiva: apagar das categorias do direito o ato criativo dos homens; afirmar que o direito é o resultado de si mesmo. Neste sentido, a relação entre ontologia como essência e história como desvelar é, no mínimo, curiosa: se a essência é, por definição, imutável e eterna, então não há razão para recorrer à história. Estamos, pois, diante de uma outra necessidade: não basta afirmar a impotência do homem em inventar as categorias que regem o seu mundo, é preciso também afirmar o compromisso com uma tradição colocada à distância, num período com ares de mito. Na narrativa dos manuais, tudo se passa como se pertencer à tradição ocidental fosse, para o direito brasileiro, uma dívida cuja contrapartida é, justamente, a invocação constante da sua autoridade, como se deixar de mencioná-la, significasse, nalguma medida, esquecê-la.” (ABREU, 2013)

No entanto, a contaminação do direito pela realidade que o cerca é inevitável. O contexto da decisão, o interesse preponderante e as pressões (sociais, políticas, religiosas, científicas, econômicas) que pressionam o entendimento dos ministros num ou noutro sentido e são incontroláveis. Abreu (2013) propõe que o direito, na realidade, está a todo momento dialogando com a realidade que o rodeia e que a negação faz parte deste diálogo. No caso do presente estudo, foi

⁹⁰ Abreu (2013) em sua análise da tradição jurídica brasileira, examina o diálogo entre o direito e a política, fazendo interessantes ponderações quanto a decisões nos tribunais brasileiros assim como ocorre na ADI nº 3.510. O direito e a política, a seu ver, possuem laços estreitos, e que, principalmente, em uma tradição brasileira, o direito não pode ser entendido sem política, pois estão em um mesmo sistema. Nesse sentido, que o sistema jurídico brasileiro, não obstante o constante diálogo entre a política e o direito, nega, com base no positivismo jurídico, o diálogo do direito com os demais campos (político, econômico, social, etc.), tal como verificamos na análise do processo de tomada de decisão da ADI de nº 3.510 no Supremo.

possível perceber indicações desse diálogo justamente na construção coletiva da decisão e no funcionamento da instituição.

O desaparecimento do contexto na justificativa da decisão contradiz a política institucional de abertura procedimental para participação popular e a ideia de que a constituição é um elemento cultural da sociedade brasileira. Essas propostas foram reiteradas por diversas vezes durante a audiência pública e a votação da ADI. Aqui duas ideias parecem caminhar em direções opostas: por um lado, como vimos, as concepções acima baseiam-se na visão de constituição como cultura (HÄBERLE, 2005); por outro, o fundamento do argumento de todos os ministros (da perspectiva do direito, bem entendido) é que a vontade da constituição deve ser obedecida (HESSE, 1991). Como fazer obedecer a vontade da constituição se o que ela quer não é independente dos valores sociais que estão expressos no texto constitucional? Afinal, até que ponto pode-se veementemente afirmar que a decisão se pauta em um interesse fundado estritamente na letra da lei? Acontece que a lei em si mesma não existe, ela passa a existir quando interpretada por nós por meio da linguagem, interpretação que, como já dizia Gadamer (1993), sempre parte do pertencimento do intérprete à história — e, portanto, invariavelmente, é impregnada de fatores sociais internos e externos ao campo jurídico.

No mesmo sentido, caminham os argumentos baseados na “vontade do legislador” ou “vontade do poder constituinte”. Eles implicam justamente na desconsideração de que a interpretação exige um olhar a partir do ponto de vista do intérprete (no caso, o juiz) de sua visão de mundo e não da visão do legislador, pois o momento histórico é distinto, há um lapso temporal inevitável. Sobre esse ponto, Gadamer (1993) também nos traz um reflexão interessante, pois a seu ver a tarefa hermenêutica do juiz não é de adequação de uma relação entre o passado e o presente, mas de procurar resolver uma tarefa prática. E isso não é arbitrariedade, mas fazer a mediação da ideia jurídica da lei com o presente, tendo como base sua própria história. A tarefa do juiz é, portanto, de interpretação, e esta é a concretização da lei em cada caso concreto. Esse processo não se resume à subsunção:

“Entre la hermenéutica jurídica y la dogmática jurídica existe así una relación esencial en la que hermenéutica detenta una posición predominante. Pues no es sostenible la idea de una dogmática jurídica total bajo la que pudiera fallarse cualquier sentencia por mera subsunción” (GADAMER, 1993. p. 402).

Dessa perspectiva, a tarefa dos ministros não poderia ser de mera aplicação da lei pela lei, pois a própria subsunção do fato à lei só pode existir fundada em uma relação hermenêutica onde o juiz é um sujeito de historicidade, possuidor de pré-compreensões que são inevitáveis quer se reconheça ou não a sua existência. O não reconhecimento da história não significa a libertação do intérprete da sua inevitável existência. Aliás, o contrário é o que acontece. Os pré-conceitos que não são submetidos à crítica hermenêutica seguem exercendo sua influência sem nenhum controle por parte do intérprete. Ou seja, o juiz precisa considerar o contexto social em que o direito se insere, sob o risco de se deixar dominar por ele.

Por fim, quando os ministros reafirmam a visão positivista, segundo a qual a lei é criadora do direito, e não o intérprete o criador da lei, eles acabam por incorrer numa contradição performativa. A contradição reside na incongruência da justificação com todo o movimento e funcionamento da Instituição; afinal, como afirmar que uma decisão é puramente pautada na lei, quando a própria estrutura de funcionamento do Supremo é permeada de conflitos, hierarquias, estamentos, relações movidas pela afetividade, luta pelo prestígio, rituais e atribuições? Vimos que os ministros negam, em seus votos, as implicações sociais e as pressões exercidas por seguimentos religiosos e pela comunidade científica sobre a decisão; e, que eles admitem menos ainda todo o processo de funcionamento da Corte. O resultado é que os diversos fatores que abordamos na primeira parte, que determinaram em alguma medida o resultado do voto, restam silenciosos, invisíveis, longe dos ouvidos da plateia e ao controle do direito.

Referências

ABREU, Luiz Eduardo. *A troca das palavras e a troca das coisas. Política e linguagem no Congresso Nacional*. Mana (Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, v. 11, nº 1, p. 329-356, 2005.

ABREU, Luiz Eduardo. *Tradição, Direito e Política. Dados*. No prelo. 2013.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*. Teresina, a. 9, nº 851, 01.11.2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 15.12.2007.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro, in RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (org.) *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

BERNADES BALLESTEROS, Enrique. El Control Constitucional en el Perú. In: *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*. V. 5. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BOURDIEU, Pierre. Elementos para una sociología del campo jurídico. In: BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Trad. Carlos Morales de Setién Ravina. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandesm, Instituto Pensar, 2000. p. 153-220.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CAMARGO, Margarida Lacombe. O STF e a Interpretação da Constituição de 1988, 20 anos depois de promulgada. IN: VIEIRA, José Ribas (org.). *20 anos da Constituição Cidadã de 1988. Efetivação ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: 2008.

CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis F. Primer Código Procesal Constitucional de alcance nacional en Latinoamérica: comentarios a la ley 28237. *Cuestiones constitucionales*, nº 14, enero-junio 2006, p. 297-311. Disponível em: <<http://www.ejournal.unam.mx/cuestiones/cconst14/CUC1413.pdf>>. Acesso em: 17.01.2008.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. *Direito Público*. Ano III — nº 12. Abr-maio-jun. p. 48-73. Porto Alegre: Síntese, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006.

COUTO, Cláudio Gonçalves. A Longa Constituinte: Reforma do Estado e Fluidez Institucional no Brasil. *Dados*. 1998, vol.41, nº1

DIMOULIS, Dimitri. Pressupostos, características e tendências do controle de constitucionalidade. In: FACHIN, ZULMAR (coord). *20 anos da Constituição Cidadã*. São Paulo e Rio de Janeiro: Editoras Método e Forense, 2008.

DUARTE, Êcio Oto Ramos, POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1977.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELIAS, Nobert. *A sociedade de corte*. 2. ed. coleção Nova História. Lisboa, Portugal: Editorial Estampa, 1995.

EMERSON, Robert M.; FRETZ, Rachel L.; SHAW, Linda L. *Writing Ethnographic fieldnotes*. Chicago: Chicago Guildes, 2007.

FARIAS, Christiano Chaves de. *Direito Civil. Teoria Geral*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano — Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, a. 01, nº 02, p. 55-82, out./dez. 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La Teoria del Derecho em tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FIX-ZAMUNDIO, Héctor. *Función del Poder Judicial em los sistemas constitucionales latinoamericanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1977.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 15 ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Trad. Marco Antônio Casanova. Vol. 1 e 2. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Vol. 1: Fundamentos de una hermenéutica filosófica. 5 ed. Salamanca: Ediciones Sígueme: 1993.

GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel. Consideraciones sobre constitución y cultura. In BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.). *Derecho Constitucional y Cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*. Madrid: Tecnos, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuindo para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002a.

HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 09, p. 113-139. Madrid: 2005.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da Republica Federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). Trad. Jean François Cleaver. *Direito Público*, ano 1, nº 1, julho/setembro, 2003.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Introdução e revisão técnica de Sérgio Sêrvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática — uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *O Totemismo Hoje*. Trad. José Antônio Braga Fernandes Dias. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1986.

MAUSS, Marcel. *Ensaio sobre a dádiva*. Trad. e Rev. Ruy Oliveira. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70: 1969. p. 75.

POPPER, Karl. *Conjecturas e Refutações: O Desenvolvimento do Conhecimento Científico*. Coimbra: Almedina, 2003.

PRZEWORSKI, Adam. Marxismo e escolha racional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, nº 6, v. 3, p. 5-25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. El Derecho Procesal Constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo I, 2006.

RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. La constitución como objeto y como límite de la cultura. In BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.). *Derecho Constitucional y Cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*. Madrid: Tecnos, 2004.

SCHEPPELE, Kim Lane. Constitutional Ethnography: An Introduction. *Law and Society Review*, Vol. 38, pp. 389-406, 2004.

SCHMITT, Carl. *O Guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Christine de Oliveira Peter da. Dogmática constitucional: perspectivas da técnica jurídica para estudo e pesquisa do direito constitucional no século XXI. *Revista de Direito Público*. Brasília, a. 5, nº 17, jul./set. 2007.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, Christine Oliveira Peter. A pesquisa científica na graduação em Direito. *Universitas Jus*: Brasília, nº 11, p. 25-43, dez 2004.

SILVA, José Afonso da. El proceso constitucional. In: BAZÁN, Víctor (org.). *Defensa de la constitución: garantismo y controles*. Buenos Aires: Ediar, 2003,

SOUSA, Bernardo Pimentel. Dos recursos constitucionais: recursos ordinário, extraordinário e especial. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (a) Ministro Carlos Ayres Britto concede entrevista a jornalistas após primeira rodada de palestras, Brasília, *Notícias STF*, 20 de Abril de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69682&caixaBusca=N>. Acesso em: 03.04.2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (a) Supremo discute irredutibilidade de vencimentos e direito adquirido. Brasília, *Notícias STF*, 08 de agosto de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61030&caixaBusca=N>. Acesso em: 03.04.2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (b) STF com nova composição começa a rever alguns entendimentos (atualizada), Brasília, *Notícias STF*, 15 de Agosto de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61084&caixaBusca=N>. Acesso em: 03.04.2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

OS LIMITES DO DIÁLOGO. DIREITO, POLÍTICA E LINGUAGEM NO MANDADO DE SEGURANÇA 25.647/STF

Bruno Furtado Vieira

Introdução

*“Parecia um daqueles desastres naturais de proporções cataclísmicas, um tornado tropical que, sem aviso, se abateu sobre a paisagem política”
(ABREU, 2006, p.1)*

Foi um ano tenso. Dois mil e cinco foi marcado por sucessivos escândalos de corrupção. Em um extenso rol de episódios, há de se destacar o chamado “mensalão”, ou compra de votos parlamentares em busca da ampliação da base aliada. O caso gerou um enorme impacto sobre o cenário político do país. Vários ministros renunciaram, deputados foram cassados, e chegou-se a discutir o *impeachment* do presidente.

O conflito porém não se circunscreveu ao legislativo e executivo. O judiciário, principalmente por meio do Supremo Tribunal Federal, foi várias vezes invocado para intervir. Mas a atuação do STF também gerou polêmica e pôs sob holofotes a relação entre o Judiciário e a Política; especificamente de como aquele pode ou deve atuar em relação a esse.

Essas foram algumas notícias vinculadas ao longo do ano sobre a crise: “...parlamentares de vários partidos criticam ‘interferências indevidas’ do Judiciário no Legislativo — Congresso reage à ação do Supremo” (BOAVENTURA; ROCHA 2005); “Votações na Câmara são suspensas depois de resultado parcial do STF. Parlamentares acusam Judiciário de interferir nos atos do Congresso” (BOAVENTURA, 2005); “Os riscos de se politizar o Judiciário: Crise entre o STF e o Congresso pode prejudicar imagem das duas instituições e enfraquecer o efeito das decisões parlamentares” (SANDER; LAGO, 2005)”.

O ápice do conflito entre Judiciário e Legislativo ainda estava por vir. No desenrolar da crise política, vários parlamentares enfrentavam processos de cassação, acusados de participar no esquema do “mensalão”¹. Entre eles o então deputado José Dirceu, acusado de ser o chefe da quadrilha. Os processos dos deputados tramitavam na comissão de Ética e Decoro Parlamentar, de onde se emitiria um relatório a favor ou contra a cassação. O parecer seguiria para votação em plenário. O processo do ex-deputado não fluiu tão calmamente; foi várias vezes adiado e remanejado devido a manobras jurídicas e regimentais. Isso gerou uma enorme tensão, que podia ser percebida tanto pelas declarações dos ministros como dos parlamentares. “Eu estou sentindo que é o início de uma interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo”, falou o deputado Ricardo Izar, PTB/SP, presidente do Conselho de Ética. (JORNAL NACIONAL, 2005) “É o acesso a Justiça que é assegurado constitucionalmente. De modo que eu penso que não há esta interferência indevida”, disse o ministro Carlos Velloso, ministro do STF (JORNAL NACIONAL, 2005). Mas em trinta de novembro de dois mil e cinco, finalmente foi marcada a votação da sessão de cassação. Contudo, no mesmo dia, um pouco mais cedo, o Supremo decidiria se a votação iria mesmo ocorrer ou não, e sob quais termos.

*

“Fazer etnografia é como tentar ler um manuscrito — estrangeiro, apagado, cheio de elipses, incoerente, com emendas suspeitas e comentários tendenciosos” (GEERTZ, 1973)

O julgamento pareceu a dramatização de um dilema sobre qual me debruço há alguns anos — a relação entre direito e política. Em razão de o tema ser meu objeto de estudo, eu antecipava firmar uma posição bem definida sobre o caso. Mas o que ocorreu foi talvez o ápice de um sentimento ambíguo, uma divisão interna que eu cultivo desde o começo desses estudos. Deve o direito interferir na política? É legítimo a interferência do judiciário na esfera política?

¹ Após o processo na Câmara, quarenta acusados foram denunciados pelo Procurador Geral da República por envolvimento no caso do “mensalão”. José Dirceu é acusado pela Ministério Público de chefiar a quadrilha. Em 28 de agosto de 2007 o Supremo Tribunal Federal Aceita as denúncias e todos os acusados se tornam réus. (Veja, 2007).

Essas interferências têm realmente eficácia? Qual é o limite para as intervenções jurídicas no âmbito político?

O propósito desse texto, portanto, tornou-se uma necessidade pessoal, como um processo pelo qual as vozes oscilantes tomem forma e dialoguem. Para tanto, percebemos como a etnografia, principalmente a etnografia constitucional como um caminho ou método adequado. O que entendemos por etnografia?

Historicamente, a etnografia foi desenvolvida como um método de coleta de dados em sociedades radicalmente diferente das nossas, sociedades chamadas, com um certo grau de preconceito, de “primitivas” ou “simples”. Elas compartilhavam, na sua maioria as seguintes características: a sua realidade social diferia de maneira tão radical da sociedade ocidental que as categorias desta última eram incapazes de explicá-las e eram sociedades, na sua grande maioria, ágrafas. Era preciso, portanto, um novo método de coleta de dados, um método que fosse capaz de produzir uma informação mais, por assim dizer, “próxima” à maneira pela qual estas sociedades, de fato, se organizavam e pensavam sua existência. O método foi, a partir aproximadamente da década de 70 (embora seja difícil traçar aqui linhas seguras), adaptado às sociedades ocidentais, quer dizer, às próprias sociedades das quais vinham os antropólogos. Não convém, neste momento, nos alongarmos muito sobre o assunto, uma vez que o que interessa aqui não é a história, mas a sua possível aplicação [para o exame do nosso caso]. Para tanto é preciso discorrer brevemente sobre suas bases epistemológicas.

O princípio básico do método etnográfico é a transformação daquilo que, na nossa experiência comum, seria considerada uma experiência subjetiva em um dado objetivo. A afirmação está ligada a dois supostos: (a) a ideia de que o dado relevante para as ciências sociais envolve um mínimo de compreensão da realidade social na qual as pessoas estudadas vivem, mesmo quando este dado aparece sob a forma de um número. Assim, uma estatística sobre a quantidade de divórcios acontecidos numa localidade qualquer durante um período de tempo só é inteligível graças ao conhecimento que o pesquisador tem dos conteúdos simbólicos que definem as expectativas de uma vida familiar

naquela sociedade, tais como: o fato de a mulher precisar ou não trabalhar porque a renda do marido já não é suficiente para o sustento da família em um determinado padrão de vida; se ela ganha mais que o marido e se é uma sociedade machista onde isso é motivo de vergonha para o homem; a divisão tradicional do papel social entre maridos e esposas; a oposição entre vida familiar e trabalho e entre a casa e a rua; etc. O domínio destes conteúdos simbólicos supõem, por sua vez, (b) a capacidade do pesquisador se relacionar o seu “objeto” e que somente nesta relação estes dados podem ser obtidos. Dito de outro jeito, a realidade social deve fazer sentido para o pesquisador e somente porque o pesquisador consegue, mesmo que imaginariamente, relacionar-se com aquilo que ele estuda é que é possível construir algum sentido. (ABREU, 2007, p. 6—8)

Já a etnografia constitucional, pretende ser um estudo que leve em consideração não apenas o estudo da dogmática jurídica mas principalmente um exame detalhado da maneira como de fato, as regras e princípios jurídicos se reproduzem no cotidiano. Por esse olhar metodológico, as grandes questões como legitimidade, racionalidade, democracia dão lugar a aspectos de outra ordem como, por exemplo, a disputa por poder num respectivo campo social, o controle de quem “diz” o direito num tribunal. (BOURDIEU, 1987). O ponto aqui seria a mudança de perspectiva: sair do universo da dogmática, das fórmulas universalizáveis e formais, dando espaço aos detalhes que ajudam a construir esse espaço social. (ABREU, 2007).

Em *Constitutional Ethnography: an introduction*, Scheppele (2004) corrobora com os nossos objetivos e parece descrever adequadamente o caminho que adotamos, ou tentamos adotar: “Etnografia constitucional é o estudo dos elementos legais centrais da forma de governo, usando métodos que são capazes de reconstituir os detalhes vivos do cenário político—legal” (SCHEPPELE, 2004, p.395²). Desta forma, uma descrição detalhada, viva ou densa possibilitaria “fixar o discurso social de uma forma inspecionável” (GEERTZ, 1989, p.13). A validade científica dessa descrição seria o seu uso, quer dizer para nós, a sua capacidade de produzir sentido. Hannah Arendt já dizia que uma narrativa não deve buscar a verdade, mas sim um sentido. (apud LIMA, 1989)

² No original: “*Constitutional ethnography is the study of the central legal elements of politics using methods that are capable of recovering the lived detail of the politico—legal landscape.*”

Há ainda outras justificativas para o uso da etnografia como nosso método. O processo de sistematização dos dados etnográficos, que ocorre no ato de escrever a etnografia, acaba gerando soluções que dificilmente apareceriam antes da textualização dos dados colhidos. (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1998). Em outras palavras, no pensar os dados e confrontá-los com teoria, novas possibilidades emergem; assim a experiência é transformada, reinventada, ganhando novos sentidos antes não percebidos.

*

Este trabalho está dividido em duas partes. A primeira trata da descrição etnográfica do julgamento do Mandado de Segurança impetrado no Supremo Tribunal Federal pelo ex-deputado José Dirceu visando suspender seu processo de cassação em andamento na Câmara dos Deputados. A primeira parte tenta reconstituir detalhadamente a discussão que ocorreu no tribunal. Na segunda parte é feita uma análise pormenorizada dos votos protagonistas do caso e da sua relação com algumas vertentes teóricas jurídicas.

O conceito de etnografia e o julgamento do MS 25.647

“Em política, ser lógico é ser profeta”. Machado de Assis em O velho Senado. (ASSIS, 2004.).

“O Direito tem que parecer lógico”. Fábio Ulhoa Coelho, Doutor em Direito, em entrevista. (COELHO, 2001)

A narrativa a seguir trata de descrever a discussão ocorrida no Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento envolvendo o ex-parlamentar José Dirceu. Em razão do desenvolvimento de pesquisa fui até o Tribunal acompanhar pessoalmente a sessão. A etnografia conta portanto não só com debate acessível a todos, através de documentos como o acórdão e notas taquigráficas, mas com outros dados relevantes na construção de uma “descrição densa”, como a reação da plateia que estava presente, comentários pessoais dos Ministros, suas expressões faciais, gestos e tom de voz.

*

Os ministros entraram por volta das 14:10. O plenário estava cheio. Pela movimentação dos jornalistas e pelas conversas vizinhas, era possível notar a ten-

são que permaneceu durante todo o julgamento. O burburinho informal dos presentes logo foi interrompido com a chegada ritual dos ministros. Todos se levantaram, e, em seguida, autorizados pela presidência do Tribunal, todos sentaram em silêncio. Foi lido o resumo do processo até então. Embora a peça da defesa contivesse vários pedidos³ a controvérsia se estabeleceu em relação ao pedido liminar, que consistia na suspensão do processo de cassação até que fosse julgado o mérito do mandado de segurança. O estado atual do processo era um empate de cinco votos que deferiam em parte a liminar do então deputado e cinco que a rejeitavam totalmente. Dos que deferiam em parte a liminar, quatro defendiam a suspensão do processo até que fossem reinquiridas as testemunhas arroladas pela defesa, e um, o ministro César Peluso, concedia ordem para retirar dos autos o depoimento da última testemunha de acusação que foi inquirida depois das testemunhas de defesa, invertendo assim a ordem em que, no processo jurídico brasileiro, se ouvem as testemunhas. O voto de desempate não pode ser proferido na sessão anterior, pois faltou o ministro Sepúlveda Pertence, que doente não compareceu. Esse, aliás, foi outro motivo de polêmica, pois não faltaram acusações de que essa falta fora proposital e de que beneficiava o impetrante, José Dirceu.

Após ser lido o resumo do processo, a palavra foi passada ao ministro Pertence. Ele pediu licença para uma nota pessoal. “Meu inferno astral, este ano, começou as avessas” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p.128) disse o ministro, e seguiu confessando desejar a capacidade do presidente do tribunal, ministro Nelson Jobim, de manter-se incólume às agressões. Lembrou a todos que estava às vésperas de completar quarenta e cinco anos de Supremo Tribunal Federal. Primeiro com jovem advogado, depois como assessor de ministro, como Procurador Geral da República e finalmente como ministro. Recordou o caso do *impeachment* do presidente Collor e da indignação de Ulisses Guimarães com uma decisão que protelava o processo e depois seu alívio com o seguimento do processo. “Tudo isso é do jogo; tudo isso são dramas da democracia” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 129), argumentou o ministro. Passou então

³ A peça da defesa tinha quatro pedidos. O primeiro pedia a extinção e arquivamento do processo com o argumento de que a representação que deu origem ao processo no conselho de ética havia sido retirada pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). O segundo pedido também requeria a extinção e arquivamento do processo em razão do conselho de ética ter extrapolado o prazo peremptório de noventa dias para conclusão do processo. O terceiro dizia respeito a utilização de provas supostamente ilícitas no bojo do processo. E o quarto pedido denunciava a inversão da correta ordem de testemunhas. O terceiro e o quarto pedidos requeriam que fosse declarado nulo o processo disciplinar e que fosse determinado a reinquirição das testemunhas arroladas pela defesa.

a criticar duramente a imprensa que, segundo ele, teria sugerido que “a hora de minha doença anunciada teria sido conveniente ao amigo de um amigo meu” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 130). Disse ainda que não poderia deixar maculada a respeitabilidade deste Tribunal, instituição que ele havia venerado e dedicado décadas irrecuperáveis de sua vida e, portanto, precisaria “[expor o meu] repúdio veemente e indignado a certo modo de fazer imprensa que, para fugir à responsabilidade do que não se pode sustentar, se esconde sob o manto protetor da insinuação que não se ousa assumir” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p.130).

O ministro Pertence passou então a defender a presidência do tribunal que tinha sido criticada por ter votado, supostamente de maneira indevida e casuística, favorecendo o impetrante. Os críticos achavam que não cabia ao presidente votar naquela sessão. Ao que parece eles assemelharam a votação no Supremo ao sistema que vige nas Casas Legislativas, onde só cabe ao presidente votar no caso de empate, o chamado voto de Minerva. O ministro esclareceu que, no Supremo Tribunal Federal, em se tratando de matéria constitucional, cabe ao presidente votar, haja ou não empate, estejam ou não presentes todos os ministros. Era elementar, acrescentou.

Nessa altura o ministro Nelson Jobim, presidente do tribunal, tomou a palavra para dizer: “Ministro Pertence, agradeço as ponderações e, como não tenho a capacidade verbal de V.Exa., lembro que me trouxe à mente a frase de Nelson Rodrigues: ‘Hoje os idiotas perderam a modéstia’” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 132). O tom ferrenho com que os dois ministros falavam me lembravam de John Rawls (2002). Em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls tenta ao longo de toda obra elaborar critérios que permitissem o mais amplo debate sobre justiça possível. Em oposição a isso, os ministros do Supremo dão a entender que o assunto em discussão é restrito e técnico. Parece existir na comparação entre a posição do jurista americano e dos ministros, duas concepções diferentes de democracia que se diferenciam principalmente pelas condições de diálogo e debate que eles se propõem a travar com seus interlocutores.

Em seguida, Pertence passou ao caso. O ministro começou dizendo que ao caso, se aplicaria com “clareza solar” os corolários de três ditames constitucionais:

“a) o mais genérico, o da garantia do devido processo legal, sem o qual, garante-se, “ninguém será privado da liberdade

ou dos seus bens” (CF, art. 5º, LIV), estes, compreendidos na mais ampla significação. b) o segundo, que é derivação do primeiro, a teor do qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; c) o terceiro, somente expletivo dos anteriores, de que ao parlamentar sujeito à decretação (CF, art. 55, § 2º) — ou à mera declaração — de perda do mandato, se há de propiciar a ampla defesa. Com todas as vênias, o contraditório e a ampla defesa assegurados ao mandatário — independentemente de norma regimental expressa do Código de Ética e Decoro — são bastantes a impor o *transplante ao processo parlamentar, sempre que nele se haja de admitir a prova oral, da regra que a audiência das testemunhas da acusação haja de preceder à inquirição daquelas arroladas pela defesa*. Essa precedência não é regra de mera ordenação procedimental, (...) mas *imperativo da “relação dialógica”* em que se há de desenvolver todo e qualquer processo regido pela garantia da contraditoriedade.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 133, grifamos).

Duas observações do ministro chamam atenção. A primeira é a defesa do transplante de regra penal—processual para o processo parlamentar com base no direito à ampla defesa cuja observância seria igualmente obrigatória nos dois tipos de lide. Essa equivalência entre o processo de cassação parlamentar e o processo penal parece supor que o direito teria legitimidade para colonizar e ordenar outros discursos (ABREU & BARBOSA, 2002). Esse processo, de transformação do fato ordinário para um fato jurídico é bem representado pelo brocardo jurídico “Dê-me os fatos, que eu lhe darei o direito”. Ou seja, o direito consegue lidar e ordenar todos os dados fáticos.

O segundo ponto que chama a atenção neste trecho do voto é a observação de que a precedência na audiência de testemunhas não seria mera ordenação procedimental mas, ponto importante da relação dialógica de todo processo. Não há como saber se aqui o Ministro estaria pensando na dialética proposta por Aristóteles, Santo Agostinho ou pela Escolástica (BERMAN, 2006). Pessoalmente, a expressão “relação dialógica” me fez lembrar de outro autor: Jürgen Habermas (1998). Sua obra comunga de vários pontos em comum com o discurso jurídico. Talvez por isso o autor é usado frequentemente em obras jurídicas

(vide CATTONI, 2000; DEL NEGRI, 2003; VIVEIROS DE CARVALHO, 2002). Iremos aprofundar nossas impressões sobre Habermas no próximo capítulo.

O ministro, prosseguindo, rebate o argumento de que o conselho de ética não poderia compelir testemunhas a deporem; de que não tem força coercitiva, como têm, por exemplo, as Comissões Parlamentares de Inquérito; e, de que isso teria sido suficiente para sanar o vício da inversão na ordem das testemunhas. Lembrou que o problema não se deu por falta da capacidade de convocar obrigatoriamente as testemunhas mas de direção e ordenação nos convites. Ora, nada impedia o conselho de convocar as testemunhas de defesa, após e somente após o depoimento daquelas ditas de acusação. O que ocorreu na espécie foi justamente o contrário segundo o ministro. Recorrendo aos autos, ele aponta que os convites a todas as testemunhas portavam a mesma data — 31.08.05; e, o que seria mais expressivo: “cada um dos convites sugeria uma ou mais datas para o comparecimento do convidado, mas, na sequência das sugestões, as endereçadas às testemunhas da defesa precediam as dirigidas às da acusação” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 136). Por isso, disse o ministro, todo alvoroço que se fez na Comissão de Constituição e Justiça e “de que a impossibilidade de dar a sequência legal à tomada dos depoimentos partia [da] falta de poder do Conselho [de convocar obrigatoriamente] se esboroa ante essa evidência” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 136).

Sepúlveda Pertence continuou o seu voto, lembrando que o impetrante, José Dirceu, por meio de seus advogados, questionou desde o primeiro momento a inversão na ordem dos depoimentos, já acenando com a possibilidade de arguição de nulidade. Ainda nessa esteira, o ministrou rechaçou o argumento do conselho de ética de que não trouxe prejuízo para o parlamentar a inversão da ordem das testemunhas no processo, uma vez que a contraprova requerida pelo ex-deputado, a reinquirição das testemunhas, nada teria a acrescentar ao quadro fático do processo. Segundo Pertence, esse argumento seria inaceitável, pois pressupõe, no juiz da instrução no caso, o conselho de ética, um poder de censura prévia sobre o que possa ou não dizer de útil a testemunha indicada pela parte. O ministro segue seu raciocínio dizendo que a defesa, com base no princípio da amplo direito de defesa, arrola as testemunhas que quiser. “Caso contrário, a defesa teria que enunciar, quando do oferecimento do rol, o conteúdo dos depoimentos: a testemunha “a” irá depor sobre tal assunto, a “b”, sobre tal fato. Não faz sentido.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 139)

É importante lembrar que havia até então um empate de cinco a cinco; metade dos votos indeferia *in totum* (totalmente) o pedido do impetrante e a outra metade deferia em parte a liminar. Capitaneados pelo Ministro Marco Aurélio, dos que defendiam o deferimento parcial, quatro deferiam no sentido de suspender o processo de cassação até que fossem reinquiridas as testemunhas de defesa, para que elas pudessem produzir uma contraprova a acusação. Já o ministro Cezar Peluso deferia em parte a liminar, para retirar dos autos do processo o depoimento que foi resultado da inversão da ordem correta de depoimento das testemunhas. A essa altura, o Ministro Sepúlveda Pertence finalizou seu voto dizendo que até ali tinha sido de grande valia o voto do Ministro Cezar Peluso, que teria sintetizado com precisão os pontos importantes do processo. Contudo, quanto à decisão final (a de obstar ou não o processo de cassação e em quais termos) ele afinou-se mais com os votos dos outros ministros. A solução preconizada pelo Ministro Peluso era de retirar dos autos o depoimento da testemunha de acusação, a presidente do Banco Rural, Kátia Rabelo. Isso seria eficaz, segundo o Ministro Pertence, se a cassação fosse decida por uma sentença fundamentada, onde seria possível controlar a desconsideração da prova indevida. Não era esse contudo o caso, apontou. Cuidava-se, ao contrário, de um processo julgado por voto secreto, imotivado e cuja desconsideração de uma prova *x* não seria possível verificar. Neste caso, disse o Ministro, “creio mais eficaz viabilizar a contraprova ao depoimento viciado pela inversão da ordem de sua tomada do que a inócua determinação de que dele façam abstração mental os nobres Senhores Deputados” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 140). Assim, Sepúlveda Pertence encerra seu voto, alinhando-se ao Ministro Marco Aurélio no sentido da suspensão do processo até que fossem reinquiridas as testemunhas de defesa.

Em seguida quem passou a falar foi o ministro Carlos Britto, relator do processo. Primeiro quis esclarecer que não pretendia estabelecer nenhuma polêmica e que louvava o bem fundamentado voto do ministro Pertence. Contudo, mantinha o seu voto pelo indeferimento total do pedido liminar. Segundo o ministro, não foi à—toa que a constituição fala de devido processo legal num dispositivo anterior àquele em que fala do contraditório e ampla defesa. Por isso, seguiu o ministro,

“(...) a meu sentir, a Constituição quis dizer o seguinte: o processo somente será devido se afeiçoado à natureza de certos ramos jurídicos ou de certas relações jurídicas a que

a Constituição conferiu identidade. Daí as diversas categorias de processos: penal, penal militar, eleitoral, do trabalho, de Contas e assim diante; ou seja, cada dia com sua magia, cada processo com sua ontologia. O que quero dizer com isso? Pela trena do devido processo legal é que se mede o tamanho, os contornos dos institutos do contraditório e da ampla defesa, e não o inverso. No caso, se não bastasse essa consideração de ordem teórica evidente, entendi que houve sim ampla defesa e o exercício do contraditório. Claro que exercidos a ampla defesa e o contraditório à luz da ontologia do processo político-parlamentar, a qual se desenrola no seio do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 143)

Recordo-me bem que esse argumento do ministro Carlos Britto fez bastante sentido. Intuitivamente o considerei consistente e razoável. Nesta altura lembrei-me de Pierre Bourdieu (2003) e de sua teoria dos campos. De acordo com esse autor um campo é um espaço relativamente autônomo, dotado de regras específicas e distintas dos outros campos e da sociedade como um todo. Dessa forma, as regras do campo *x* não serviriam para interpretar o que ocorreu no campo *y*. Daí, seria possível concluir que utilizar o conceito jurídico de ampla defesa para interpretar o que houve no conselho de ética e decoro parlamentar, uma instância política, seria inadequado.

O ministro Carlos Britto disse ainda que divergia em mais um ponto em relação ao voto do ministro Sepúlveda Pertence. O ministro Pertence havia dito que não fazia sentido o argumento do conselho de ética de que a reinquirição das testemunhas de defesa nada teria a acrescentar ao quadro fático do processo. Dessa maneira segundo o conselho de ética, a inversão da ordem de testemunhas não trouxe prejuízo para o ex-deputado José Dirceu. Em relação a esse ponto, o ministro Carlos Britto divergia do Ministro Pertence, já que entendia que a demonstração do prejuízo não era rigorosamente subjetiva mas objetiva. Seria preciso averiguar, segundo Britto, no âmbito processo, quando colhidas as provas e tomados os depoimentos, se isso resultou numa inovação do quadro fático. E mais ainda era preciso verificar se essa inovação era objetivamente danosa ou gravosa.

O ministro Nelson Jobim interrompeu dizendo que se caminhasse por essa linha o tribunal teria que analisar as questões de mérito e que isso seria de

competência exclusiva da Câmara dos Deputados. Imediatamente lembrei da literatura jurídica que trata do controle judicial de atos políticos. Segundo essa literatura, certas controvérsias estão submetidas à discricionariedade exclusiva do Congresso estando imunes, portanto, a qualquer forma de julgamento por órgão externo; isso consistiria o que se chama de matéria *interna corporis*, ou seja, os assuntos de economia interna. Nesses atos de economia interna o Judiciário não pode interferir para verificar conveniência, oportunidade ou justiça. (VIVEIROS DE CARVALHO, 2002. p. 105). Nesse sentido foi bem fundamentado o aparte do ministro Nelson Jobim .

Imediatamente após o aparte do ministro Jobim, o Ministro Sepúlveda Pertence, em tom irônico disse:

Não contesto a precisão com que Vossa Excelência [referindo-se as ideias do ministro Carlos Britto] situa a diversidade ontológica das numerosas espécies de controvérsias: a penal, a cível, a política, a eleitoral, a esportiva, *o concurso de fantasias no carnaval*, apenas, se há a garantia do devido processo legal, dizia Pontes de Miranda, há um mínimo constitucional, abaixo do qual a garantia foi desrespeitada. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 144, grifamos).

Após essa alfinetada do ministro Pertence, o ministro presidente Nelson Jobim tomou a palavra. Começou reiterou a manifestação que seu colega Sepúlveda Pertence fez no começo da sessão e que gostaria ainda de fazer uma observação: “As críticas aqui desenvolvidas foram de dupla natureza: uma, de juristas que se arvoraram em jornalistas; e outra, de jornalistas que se arvoraram em juristas” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 145) disse irritado, o Ministro Jobim. “Aos jornalistas que seguiram os juristas, aponho a boa-fé, porque tiveram a informação de juristas de ocasião que afirmaram determinada situação e, daí, eles fizeram as suas ilações” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 145). Passou a criticar o que ele chamou de “juristas de ocasião”. Citou então diversos dispositivos do regimento interno do Supremo Tribunal Federal (arts. 134, 146 e 205) demonstrando que, em sede de matéria constitucional, cabe ao presidente votar, havendo ou não empate, estejam ou não todos os ministros presentes. Eu imaginei que as duras críticas que foram feitas ao presidente Jobim, por conta de ele ter votado supostamente de maneira casuística, deveram-se ao fato de que nas Casas Legislativas cabe ao presidente votar se e

somente se houver empate. A comparação embora compreensível, foi equivocada. O ministro continuou sua defesa dizendo que a presidência tinha cumprido estritamente as determinações do Regimento Interno. “E, para esses juristas de ocasião, sobra, ainda Nelson Rodrigues: ‘os idiotas perderam a modéstia.’” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 145) completou sorrindo, em tom de deboche, o Ministro Nelson Jobim.

Interessante “jogo de espelhos” que se formou. De um lado, políticos criticaram o Supremo Tribunal Federal por intervir em uma questão política, desentendendo, segundo eles, o funcionamento das Casas Legislativas. Do outro lado, o Supremo rebateu as críticas dos políticos, respondendo ainda a juristas e jornalistas para dizer que eles é que não entendem a técnica, a teoria e o procedimento envolvido na questão.

O Ministro Nelson Jobim passou, então, a definir o problema que tinha em termos de análise e promulgação do resultado do julgamento. Havia cinco votos indeferindo totalmente a liminar na linha do ministro relator, Carlos Britto. Seis ministros, no entanto, deferiam em parte a liminar; sendo que cinco deferiam a liminar no sentido de suspender o processo no conselho de ética até que fossem reinquiridas as testemunhas arroladas pela defesa, e um ministro, Cezar Peluso, deferia também em parte, contudo preconizando uma solução diversa. Ele sugeria a retirada dos autos do processo do conselho de ética, do depoimento da presidente do Banco Rural, Kátia Rabelo, que resultou da inversão da ordem das testemunhas. Com esse impasse em vista, continuou o ministro Nelson Jobim,

A questão é: qual o voto médio que temos? E aqui — com a permissão do Ministro Pertence, que odeia esse tipo de análise, farei uma análise matemática. Temos o voto liderado pelo Ministro Carlos Britto [e mais quatro ministros] que é zero. O zero não concede nada. (...) Já o Ministro Marco Aurélio [juntamente com mais cinco ministros] estabelece que o procedimento a ser realizado deva ser a reinquirição das testemunhas e, com essa reinquirição, a retomada do procedimento em seguida. (...) [Já] o Ministro Peluso concede a liminar. Não suspende o processo, mas determina que o processo continue com a supressão do depoimento da testemunha Kátia Rabello. Entende a Presidência que precisamos medir o voto médio em relação às consequências

que temos desta decisão. (...) Então, submeto aos Colegas exatamente a estrita linha desta sustentação. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 147)

O ministro Sepúlveda Pertence criticou a proposta matemática proposta pelo colega Nelson Jobim: O critério matemático, segundo o Ministro, deveria ficar reservado a diferenças quantitativas dos votos vencedores. “Diferentemente, quando há, na verdade, uma diferença qualitativa das soluções alvitadas, onde me parece que só há uma solução: a votação de todo o Plenário para eleger uma das duas soluções” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 149) avaliou Pertence. Essa votação implicaria segundo o regimento do Supremo Tribunal Federal, na escolha de um voto médio, eis que as decisões dos órgãos colegiados são regidas pelo princípio da maioria, como se apreende do regimento interno do STF:

Art. 185. Efetuado o julgamento (...) proclamar-se-á a interpretação que tiver apoio de, pelo menos, seis Ministros.

§ 2º Na hipótese de os votos se dividirem entre mais de duas interpretações, proceder-se-á, em outra sessão designada pelo Presidente, à segunda votação restrita à escolha, pelo quórum de seis Ministros, pelo menos, de uma dentre as duas interpretações anteriormente mais votadas. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007, p. 106)

O ministro Marco Aurélio então interrompe e começa um extenso debate sobre qual seria na verdade o voto médio. Crítica a proposta de se retirar dos autos o depoimento da presidente do Banco Rural, argumentando que esta medida seria mais radical, e pior, inócua diante da dinâmica existente na Câmara dos Deputados.

“O que atende mais ao impetrante? Afastar-se o único depoimento colhido do representante que se mostrou contrário a ele, mutilando-se o próprio processo, alterando-se o próprio processo, alterando-se o relatório a ser aprovado? A [rádio] CBN divulgou que já há um novo relatório confeccionado a partir da prevalência do voto do Ministro Peluso. Ou simplesmente viabilizar-se ao impetrante reconhecido vício de procedimento do Conselho, a reinquirição das testemunhas, para com isso se tentar infirmar um depoimento que, a meu ver, não pode ser expungido do processo, já que a consequência da nulidade, no caso, é o retorno ao *statu*

quo ante?” indagou o ministro. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 151)

As críticas e indagações feitas pelo ministro Marco Aurélio foram prontamente respondidas pelo ministro Cezar Peluso:

Senhor Presidente, o meu voto é realmente radical, não porque seja drástico, mas porque vai à raiz do problema. Justifico por que, com o devido respeito, entendo que o meu é o voto intermediário. O depoimento dessa testemunha envolveu uma acusação — essa é a essência de todo o problema da causa —, e ao impetrante não foi possível contradizê-la. Ou seja, o impetrante rebela-se contra o fato de ter sido produzida uma prova de acusação sem oportunidade de contradição em sentido amplo. Ora, o meu voto — descontadas as dificuldades de ordem prática decorrentes de certas impossibilidades de apagar o que está no mundo como fato — atende exatamente ao cerne do problema, à medida que retira do mundo das razões invocáveis esse depoimento e, portanto, suprime exatamente aquilo contra o que se rebela — a meu ver, com razão — o impetrante. A eficácia do meu voto vai até esse ponto. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 153)

Incrível a observação do ministro quanto às dificuldades de ordem prática do seu voto. Por que será que mesmo sabendo disso, e da inocuidade consequente do seu voto ele manteve sua opinião? A justificativa parece técnica: ele defende que o seu voto seria o menos radical, porque com a anulação parcial do processo, com sua suspensão e a possibilidade de reinquirição das testemunhas a defesa poderia ir além. O debate ganha velocidade e as respostas passam a serem mais incisivas:

MINISTRO CEZAR PELUSO — Com a reinquirição das testemunhas, a defesa poderá produzir outras provas a respeito de outras acusações.

MINISTRO MARCO AURÉLIO — Uma consequência natural.

MINISTRO CEZAR PELUSO — O que demonstra que o voto de Vossa Excelência é o mais largo. Desse modo, o meu voto não chega a tanto, porque não permite à defesa, mediante reinquirição da testemunha, fazer, não apenas prova

contra aquele depoimento, mas também prova contra outros depoimentos e outros fatos. Não chego até aí, e por isso meu voto é intermediário.

MINISTRO MARCO AURÉLIO — Ministro Cezar Peluso, há um único depoimento de testemunha do representante. Segundo me consta, é o único dado que poderia revelar, no caso, a quebra do decoro. Presumo o que normalmente ocorre: os deputados pronunciar-se-ão a partir de dados fáticos.

MINISTRO CEZAR PELUSO — Não importa. Isso não tem a mínima relevância na decisão da questão de ordem.

MINISTRO MARCO AURÉLIO — Tem relevância para se definir a extensão.

MINISTRO CEZAR PELUSO — Não tem relevância. O importante é perceber que, deferida a reinquirição, não há nada que impeça a defesa de fazer prova contra outros aspectos da causa.

MINISTRO MARCO AURÉLIO — É uma consequência natural, Excelência.

MINISTRO CEZAR PELUSO — Sim, mas digo que essa é uma consequência mais extensa que a do meu voto.

MINISTRO MARCO AURÉLIO — Não é.

MINISTRO CEZAR PELUSO — Ministro Marco Aurélio, o meu ponto de vista é simples. Vossa Excelência concede a defesa mais que eu.

MINISTRO MARCO AURÉLIO — Não. O que é melhor para o impetrante: expungir uma prova a ele contrária ou tentar se contrapor a ela?

MINISTRO CEZAR PELUSO — Ministro, tento apenas demonstrar que o meu voto não concede tanto quanto o de Vossa Excelência.

MINISTRO MARCO AURÉLIO — O subjetivismo é total, Excelência.

MINISTRO CEZAR PELUSO — Essa é a razão por que, com o devido respeito, considero que o meu é o voto intermediário.

MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE — Creio haver, na verdade, duas liminares qualitativamente diversas. Todos os votos, inclusive os vencidos, deverão eleger uma das duas. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2005, p. 149)

Chamou-me a atenção a proposta elaborada pelo ministro Cezar Peluso. Ele admite que o seu voto, carregam dificuldades de ordem prática decorrentes da impossibilidades de apagar o que está no mundo. Ele admite assim que sua proposta pode ter uma eficácia inócua diante da dinâmica da Câmara dos Deputados e da natureza da votação do processo de cassação — secreta e desmotivada. Mas se o ministro sabe disso, por que insiste no seu voto como o mais adequado?

O ministro Nelson Jobim lembrou aos colegas que a votação doravante seria exclusivamente quanto a extensão da liminar. Seriam portanto colhidos os votos dos ministros somente quanto a abrangência da controvérsia do deferimento parcial da liminar. De um lado, a solução preconizada pelo ministro Marco Aurélio, a da suspensão do processo até que fossem reinquiridas as testemunhas de defesa e, de outro, a solução Peluso que suprimia dos autos o depoimento que resultou da inversão da ordem das testemunhas. Jobim então começou a colher os votos. Pela ordem o primeiro a manifestar-se a partir desse ponto foi o ministro Eros Grau.

Segundo Eros Grau, “o problema não é saber o que mais atende ao impetrante, mas sim o que é mais adequado à Constituição” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 157). O voto do Ministro Cezar Peluso seria eficaz, segundo o Ministro, se a decisão do Conselho de Ética fosse motivada. Além do mais, a inversão na ordem das testemunhas teria violado claramente o direito ao contraditório. Assim, o Ministro concede seu voto na extensão proposta por Marco Aurélio — o de suspender o processo até a reinquirição das testemunhas de defesa.

Logo após o Ministro Eros Grau, foi a vez do ministro Joaquim Barbosa votar. O voto acabou por arrancar as mais intensas reações não só do plenário, com as observações irônicas por parte dos outros Ministros, mas da plateia também, com o aumento do burburinho. Pessoalmente fiquei estupefato pela dramatização do que antes era apenas um conflito interno, uma discussão acadêmica que eu até então mantinha com alguns colegas e professores. Mas nos adiantamos de alguma forma. Vamos primeiro ao voto do Ministro.

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhor Presidente, as dificuldades, neste momento, para definir a extensão da medida liminar concedida, a meu ver, são prova da inadequação da medida que a Corte acaba de tomar, qual seja, a tentativa de impor a uma Casa política as “bizantinices” típicas do processo judicial, especialmente do processo judicial penal. Lamento que nós, os vencidos, que radicalmente nos recusamos a conceder a liminar, tenhamos de participar desta segunda fase. Essa, contudo, é a regra do jogo. Minha solução é a preconizada pelo ministro Cezar Peluso. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 158).

Quem estava no plenário pode ouvir um comentário em tom irônico, do ministro Nelson Jobim: “Então, para Vossa Excelência, ampla defesa é bizantinice?” O comentário não consta nem das notas taquigráficas, nem do acórdão da sessão. Da plateia em volta do plenário, que havia ficado muda durante toda a sessão, vinham sussurros e comentários causados pelo voto do ministro Joaquim Barbosa. Intimamente eu estava em plena ebulição mental. O voto do ministro Joaquim Barbosa parecia ter sido tirado de alguns dos meus estudos, algumas das infinitas discussões que travei sobre a questão da relação entre direito e política, objeto de minha pesquisa há alguns anos. Num artigo que havia publicado anteriormente (VIEIRA, 2005), uma das conclusões era justamente a de que a lógica política não se reduz integralmente à lógica jurídica. Essa conclusão aparentemente óbvia foi fruto de um longo caminho que começou pela leitura um tanto inocente de uma literatura jurídica e filosófica sedutora. Veio então o confronto dessa teoria com um universo empírico político que pôs por terra toda a beleza da literatura sobre o assunto. A epifania foi natural. A teoria simplesmente não dava conta da realidade política ao mesmo tempo dinâmica, complexa e irreduzível a ordenações formais.

Mesmo com toda essa bagagem em comum com o voto do ministro Joaquim Barbosa, não era fácil lhe dar a completa razão. O argumento de que seria necessário um mínimo legal de ampla defesa e contraditório em qualquer instância me parecia também bastante convincente. Afinal, mesmo em política, teria que haver respeito a direitos constitucionais. A política não poderia ser uma “área cinzenta”, um espaço sem um mínimo de respeito às leis. Mas qual seria o limite para esse mínimo? Eu estava genuinamente dividido.

O presidente passou a palavra para o ministro Carlos Britto votar. Louvando o critério matemático elaborado pelo presidente, o ministro Britto profere o seu voto, acrescido de um comentário pessoal: “Embora a minha natureza seja a de um poeta, nunca deixo de fundamentar as minhas decisões jurídica e tecnicamente” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 159). O comentário parece demonstrar insegurança por parte do Ministro, por usar instrumentos metajurídicos, como a categoria ontológica, em um ambiente de ritual hermético como é caso do STF. Nesses ambientes uma palavra fora do lugar, pode ser mal—vista, criticada ou simplesmente não aceita.

O Ministro Carlos Britto encerrou o seu voto: “Por isso, rendendo minhas homenagens a Vossa Excelência, que, para mim, fixou muito bem o critério a ser seguido, cravo minha decisão no sentido do voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 159). “Cravo me lembra crucificação”, diz o Ministro Sepúlveda Pertence. Outro comentário que só pode ouvir quem compareceu à sessão. A seguir, foi a vez do ministro Gilmar Mendes votar. Ele também acompanhou o ministro Cezar Peluso, o que fizeram, na sequência, a ministra Ellen Gracie e o ministro Carlos Velloso. Chegou então a vez do ministro Celso de Mello. Como de costume, o voto do ministro foi muito bem fundamentado, eloquente e incisivo. Acabou também por desencadear o ápice do julgamento.

O ministro começou a votar com voz baixa, serena, mas logo subiu o tom. Disse que as premissas de seu voto o levavam a acompanhar o Ministro Marco Aurélio, pois o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar havia efetivamente transgredido a Constituição e teria desrespeitado “de maneira frontal, uma garantia básica que milita em favor de qualquer acusado, não importa em que instância ou perante qual instância de Poder” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 160). Prossegue o ministro, já em tom elevado:

A questão básica, essencial, no caso, é esta: o Supremo Tribunal Federal conheceu desta matéria porque, ainda que impregnada de forte componente político, envolve a discussão e a denegação de garantias e prerrogativas constitucionais, as quais não podem ser ignoradas por ninguém, muito menos por um Órgão da Câmara dos Deputados, ainda mais se considerarmos que a Constituição, sem qualquer

esforço de interpretação, impõe às Casas Legislativas, que compõem o Congresso Nacional, a necessária observância no processo de cassação de mandato — art. 55, § 2º —, e até mesmo, conforme lembrou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, no caso de mera extinção de mandato — § 3º, art. 55 da Carta Política —, impõe a observância da ampla defesa, exatamente o que não ocorreu na espécie. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 161)

O ministro passou então a criticar o argumento do Conselho de Ética de que não havia inversão de ordem das testemunhas, pois não teria existido acusação no transcorrer do processo disciplinar. Para o ministro seria evidente a situação de conflito entre o representante, no caso um partido político, e o parlamentar denunciado. A representação nada mais seria do que um instrumento de veiculação de uma acusação por meio da qual se atribuiu ao congressista determinada violação do decoro parlamentar. “Há, portanto, acusação, sim; se não houvesse, por que estaríamos aqui no Supremo Tribunal Federal discutindo a questão da defesa?” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 161) disse o Ministro.

Celso de Mello, por sua vez, lembrou que a exceção do caso político já tinha sido oposta muitas vezes durante a história e que geram sim, segundo o ministro, não conflito, mas mera fricção institucional. Passa então a suscitar diversos casos históricos. “No Governo do Marechal Hermes da Fonseca, no quadriênio de 10 a 14, suscitou-se que afasta[-se] a dimensão política, [quando] superada pela discussão do tema constitucional” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 162) concluiu o ministro. Lembrou ainda que as Constituições de 1891, 1934 e 1937 tinham cláusulas que excluía da apreciação do poder judiciário as questões políticas. Não obstante, lembrou o ministro, Pontes de Miranda (1987), ao comentar a constituição de 34, afirmava, segundo Celso de Mello, que se era certo que não competia ao Judiciário examinar questões políticas, não era menos exato que competia exclusivamente ao poder Judiciário dizer se naquele caso havia ou não questão política. E seguiu o ministro:

O elemento político é superado quando se coloca uma situação como esta, que ora discutimos, em que se aponta uma transgressão à Constituição. Isso que é importante. Não estamos discutindo meras firulas jurídicas. Há uma questão muito mais grave em debate nesta Corte; uma questão

que se apresenta importante e relevante é a consideração de todos os cidadãos. Lembro-me de que, em muitos episódios na primeira República, ainda logo no início do século XX, o Supremo Tribunal Federal, superando a discussão da questão política, superando esse verdadeiro antijudicialismo, que muitas vezes os poderes políticos revelam, concedeu medidas destinadas a amparar direitos que haviam sido transgredidos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 161)

O ministro Sepúlveda Pertence pede um aparte. Sem o citar diretamente, ele passou a criticar duramente o posicionamento do ministro Joaquim Barbosa que havia dito ser inadequada a intervenção do Supremo Tribunal Federal em uma questão eminentemente política. Dizendo-se plenamente de acordo com o Ministro Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, irritado, afirmou que a discussão da questão política no constitucionalismo brasileiro seria um peso, e nada teria a fazer nesse debate. Em tom de ironia, disse que, mesmo assim, as teses jurídicas nunca se poderiam dizer inteiramente superadas. “Ao ouvir hoje que estamos tentando impor filigranas ou bizantinices processuais — eu diria processuais — constitucionais — a uma decisão política, veja, Vossa Excelência que as objeções ‘florianistas’ ainda causam saudade” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 162) disse sorrindo o ministro Sepúlveda Pertence. Só depois fui entender do que se tratavam as objeções “florianistas”. É que o primeiro caso a envolver questões políticas no Brasil foi oposta justamente pelo então presidente Floriano Peixoto em 1892. Para reprimir protestos contra o seu governo, ele mandou prender mais de quarenta pessoas. O Supremo Tribunal Federal foi acionado, e Floriano Peixoto alegava que não havia possibilidade de interferência pois tratava-se de uma questão política. O advogado do caso era Rui Barbosa, cuja defesa é paradigmática para o estudo das questões políticas. Iremos analisar mais detidamente os argumentos de Rui Barbosa adiante.

Imediatamente o Ministro Joaquim Barbosa, também irritado, pediu licença ao presidente para falar, e começou o que seria o debate mais intenso do julgamento. “Eu gostaria de lembrar a Corte de que a doutrina brasileira e o Supremo Tribunal Federal brasileiro não ‘inventaram’ essa questão” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 163). Parecendo nervoso, o Ministro continuou: “Para mim, relevante é a constatação de que, na maioria esmagadora das democracias, uma questão como esta, sobretudo com as minúcias

processualísticas com que ela está sendo discutida aqui, jamais seria sequer discutida por uma Corte Suprema” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p.164) rebateu Joaquim Barbosa. “Esse é meu ponto de vista. Para chegar a essa conclusão, digo abertamente, deixo de lado a doutrina brasileira, por ser insuficiente” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 164). Essa declaração foi o começo de um intenso e extenso debate onde Joaquim Barbosa foi duramente criticado:

MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE — *Eu já desconfiava.*

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA — Sim, claro, não me baseio apenas na doutrina brasileira na solução das questões trazida à Corte.

MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE — *Somos então da minoria esmagada: aqui, a objeção da “questão política” nunca foi levada a sério ante a universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Indaga-se se há, ou não, uma pretensão de direito a decidir.*

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA — Não, mas aqui estamos indo além.

MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE — *Não estou discutindo Direito Comparado, Excelência, mais o Direito brasileiro, que Vossa Excelência já confessou que abandona.*

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA — Estamos impondo nosso vetusto Código de Processo Penal a um procedimento de natureza eminentemente política. Isso leva às perplexidades a que estamos assistindo: a falta de coerência na tomada de decisão. É exatamente isso que está acontecendo. A Corte, ao mesmo tempo em que, pela sua metade, nega uma liminar, perde quase uma tarde inteira para discutir, na sua integralidade, como conceder essa liminar.

MINISTRO CELSO DE MELLO — *Não me parece que estejamos perdendo tempo discutindo uma questão de alta relevância como é a questão da defesa.* De qualquer maneira, Sr. Presidente, mesmo que fôssemos ao Direito Comparado, há, em termos históricos, uma decisão relativamente recente da Suprema Corte dos Estados Unidos; digo “em termos históricos”, porque, em 1969, a Suprema Corte ...

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA — Temos uma bem mais recente, Ministro.

MINISTRO CELSO DE MELLO — Sim, mas em 1969 a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, exatamente no caso “Powell versus McCormack”, invalidou uma deliberação da Casa dos Representantes, vale dizer, da Câmara dos Deputados, que negava assento ao Representante, o Deputado Federal eleito pelo Distrito do Harlem, em Nova Iorque, Adam Clayton Powell, porque entendeu que a Câmara dos Deputados excedera os limites de seu poder e transgrediu frontalmente uma cláusula da Constituição dos Estados Unidos da América.

MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE — E isso na pátria da “political question”.

MINISTRO CELSO DE MELLO — Exatamente. E todos sabemos, Vossa Excelência bem sabe, há estudos a esse respeito: a doutrina da questão política surge em 1803, exatamente no famoso caso “Marbury versus Madison”.

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA — Há um caso bem mais recente, Ministro Celso de Mello, que envolve questão política; um caso de 1993, em que Corte Suprema do EUA recusou-se a conhecer de uma ação judicial proposta contra ato do senado que julgara procedente processo de “impeachment” contra Juiz Federal (Nixon v. US, 1993).

MINISTRO CELSO DE MELLO — Mas não envolve congressista.

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA — Muito pior. Envolve magistrado federal. “Impeachment” de um juiz federal condenado por corrupção.

MINISTRO CELSO DE MELLO — Sim, mas o precedente a que aludo envolve um congressista.

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA — A Corte Suprema dos Estados Unidos simplesmente se recusa a discutir essas questões, porque o “impeachment” é matéria política, e quando se trata de matéria política, a questão é não judicializável.

MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE — *Realmente me convenço de que nada tem a ver essa matriz com a nossa jurisprudência centenária.*

MINISTRO CELSO DE MELLO — [Aliás], não foi o entendimento desta Corte, quando se cuidou do processo de “impeachment” do Presidente Collor. [Referindo-se ao posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa.]

MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE — Sem se interessar se os julgaria, ou não, a Suprema Corte americana [que] são, na matéria, direitos absolutamente diversos.

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA — Ministro Sepúlveda Pertence, a citação de Direito Comparado só interessa quando é feita no interesse da nossa tese, não é?

MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE — Quando os ordenamentos são similares.

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA — Não. O nosso ordenamento desde a instauração da República inspira-se nas suas linhas básicas no direito do EUA.

MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) — *Não. Espero, se formos pela linha de que estaríamos trabalhando com a cópia, que este Tribunal não venha a fazer como fez a Corte americana, que admitiu como legítimo o sequestro, por forças de repressão americana...*

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA — Eu não a acompanharia nisso.

MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE)— (...) em território mexicano, e admitiu como prova legítima, em que os policiais americanos invadiram o México, lá pegaram o cidadão e o levaram à força. E o Tribunal americano reconheceu absolutamente legítimo.

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA — Isso foi uma fase menos feliz da Corte, Ministro Nelson Jobim.

MINISTRO CARLOS VELLOSO — Sr. Presidente, nós retornamos à discussão do tema?

MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE)— *É que o Ministro Joaquim Barbosa resolveu abrir.*

MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE — *Foi o fundamento do voto do Ministro Joaquim Barbosa, data vênua, que começa por dizer que a dificuldade em que estamos de decidir*

o conteúdo da liminar foi porque nos metemos onde não nos devíamos ter metido.

MINISTRO CELSO DE MELLO — *Preocupou-me a observação do Ministro Joaquim Barbosa, porque o Supremo Tribunal Federal não está praticando ato algum de indevida intervenção na esfera do Poder Legislativo.* O Supremo Tribunal Federal está conhecendo da matéria e reconhecendo que há um elemento constitucional a ser considerado, de magnitude inquestionável, e que envolve a preservação do direito de defesa, não importa perante qual instância de poder, não importando quem seja a pessoa acusada.

MINISTRO CARLOS VELLOSO — Sr. Ministro Celso de Mello, eu, aliás, fui fazer uma palestra no Superior Tribunal Militar; em seguida, a imprensa me questionou e eu disse, em resumo, o seguinte: onde houver a alegação de lesão a direito ou de ameaça a direito, lá deverá estar o juiz para curar essa lesão. É assim no nosso constitucionalismo. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 164—173) (grifamos as partes que representam algumas críticas contundentes ao Ministro Joaquim Barbosa).

O julgamento chegou ao seu fim. Votaram ainda os ministros Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim na linha do ministro Marco Aurélio, para a suspensão do processo até que fossem reinquiridas as testemunhas de defesa. O presidente do tribunal, ministro Nelson Jobim anunciou então o resultado. Foram cinco votos na linha do Ministro Marco Aurélio e seis votos na linha do ministro Peluso, que restou como a solução vencedora. A presidência esclareceu que a concessão da liminar significaria que, na leitura do relatório perante a Câmara dos Deputados, não poderia se fazer nenhuma referência ao depoimento de Katia Rabelo. Declarada encerrada a sessão, todos se retiraram rapidamente.

Na saída do plenário, os ministros foram cercados pela imprensa, para quem deram curtas declarações. O enorme plenário do Tribunal foi se esvaziando pouco a pouco. O dia, contudo ainda não havia acabado. Dali a algumas horas aconteceria a sessão na Câmara dos Deputados para votar a cassação de José Dirceu. Estava anunciado um grande esquema de segurança para o dia, mas mesmo assim resolvi tentar assistir a sessão. Caminhei do Supremo à Câmara, que estava lotada e muito movimentada. No Congresso nada é mais útil do que sapatos

confortáveis e um bom celular. Depois de muitos telefonemas, caminhado de lá para cá nos longos corredores da Câmara, consegui um crachá que dava acesso a galeria de imprensa, onde eu poderia assistir pessoalmente a sessão de cassação. A galeria não estava cheia. A sessão começou tarde e acabou de madrugada. Sem muito alarde ou manifestações exaltadas, os deputados votaram. Por 293 votos a 192, José Dirceu foi cassado. Na galeria, houve tímidas reações de comemoração.

O julgamento tinha acabado, a decisão proferida, e a votação encerrada. Eu contudo estava longe de ter uma posição definitiva sobre o caso. Se a decisão do Supremo Tribunal Federal tinha sido tecnicamente fundamentada, ela foi completamente inócua a meu ver. E o argumento de que se tratava de um caso eminentemente político, no qual não seria adequado aplicar a lógica jurídica fazia muito sentido também. Estava genuinamente dividido.

Análise dos votos

“Fatos jurídicos são construções jurídicas e não vice—versa” (BOURDIEU, 1987, p. 831)

Com a intenção de continuar e aprofundar o processo de catarse proposto por este texto iremos examinar, analítica e teoricamente, os votos dos ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello, de um lado, e Carlos Britto e Joaquim Barbosa, de outro. Os votos dos dois primeiros representam a defesa da intervenção jurídica na questão ao passo que os votos dos dois últimos propõem uma solução alternativa.

*

1.1.1 Análise do voto dos Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello

Como vimos, o voto do ministro Sepúlveda Pertence começou por apontar que, ao caso, aplicavam-se três ditames constitucionais: o primeiro, que representaria o gênero, seria o direito ao devido processo; o segundo, derivado do primeiro, seria a garantia aos litigantes da ampla defesa e do contraditório; o terceiro seria o de que, ao parlamentar sujeito à decretação de quebra de decoro parlamentar, se haveria de propiciar a ampla defesa. O voto do Ministro nos chama a atenção, principalmente por duas razões. A primeira é que o ministro

defendeu que houvesse o transplante, para o processo de cassação parlamentar, da regra típica de processo penal segundo a qual, na ordenação da inquirição de testemunhas, as testemunhas de acusação sempre precedam às de defesa. Isso me fez lembrar do jurista mineiro Marcelo Campos Galuppo. Em um artigo denominado apropriadamente de “Elementos para compreensão metajurídica do processo legislativo”, Galuppo (2004) investiga a processualidade no campo da produção de normas jurídicas. Ele traça uma equivalência entre o processo judicial e o processo legislativo. Segundo o autor, a atividade de elaboração normativa cumpre, comparativamente, todos os pressupostos e condições necessárias para a equiparação a um processo judicial. No nosso caso, o processo de cassação também cumpriria esses requisitos. Vejamos: um processo é caracterizado por “uma sequência de normas em que a validade de um ato ou norma depende do anterior e que visa a produção de um provimento” (ou seja, uma sentença ou decisão; no nosso caso a decisão de cassar ou absolver). Há mais um componente intrínseco ao processo, que é muito importante para sua composição: o contraditório, que pode ser caracterizado por “a) participação dos destinatários do ato final na fase preparatória do mesmo; b) simétrica paridade destes interessados; c) mútua implicação de seus atos; d) relevância de tais atos para o ato final” (GALUPPO, 2004, p. 5). Semelhante à atividade jurídica, a atividade legislante cumpriria portanto todos esses papéis. “O essencial é que todos os membros competentes (ou seja politicamente capacitados) possam potencialmente participar da discussão de uma lei para que, ao final, possa se falar em *processo* legislativo [ou *processo* de cassação parlamentar]” (GALUPPO, 2004, p.8, grifo nosso). Resta dizer que vista desta forma, assim como as etapas de um processo jurisdicional, as normas regimentais que ordenam a atividade legislativa (entre as quais se inclui um processo tramitando no conselho de ética) não poderiam ser desobedecidas *ad nutum* (a qualquer tempo). Pelo contrario, um vigoroso rigor no rito seria necessário, a fim de preservar a legitimidade das Casas Legislativas ou do provimento obtido.

O segundo aspecto que nos chama a atenção no voto do Ministro Pertence é a afirmação de que a precedência das testemunhas de acusação, advinda de processo penal, não é meramente procedimental, mas importante para o desenvolvimento no processo da relação dialógica que lhe é intrínseca. Impossível não lembrar, neste ponto, do filósofo alemão Jürgen Habermas (1998). Para este, o consenso só é possível através de um procedimento discursivamente estrutura-

do. E mais, a legitimidade desse consenso ou decisão é decore do cumprimento das regras inerentes à ação comunicativa. Tais regras correspondem a uma situação ideal de fala (honestidade, clareza e mutuo entendimento entre os falantes), onde houvesse simetria entre os interlocutores, ou seja, igualdade de chances por parte dos sujeitos envolvidos de colocarem seus assentimentos ou recusas em relação a tal ou qual asserção.

Nesse sentido, muitos autores brasileiros, como Barbosa (2005), se apropriam das ideias de Habermas para falar do processo legislativo. Estes autores defendem que o respeito às regras constitucionais e regimentais que concatenam o processo legislativo seriam o fator que determinaria a medida da legitimidade das leis aprovadas nesse processo, justamente porque o respeito às regras do processo legislativo garantiriam submetê-las ao debate racional. Quanto mais discussão fosse racional (no sentido da ação comunicativa), mais o produto final teria chances de ser considerado legítimo e, conseqüentemente, aceito por todos. Desta perspectiva, os cidadãos poderiam se considerar coautores das leis a qual são submetidos. É fácil deduzir que a inversão da ordem de testemunhas e a conseqüente impossibilidade de a defesa contrapor-se ao depoimento de acusação poderiam ser vistos sob o prisma habermasiano como a violação do fluxo comunicativo do processo, fluxo que garantiria a legitimidade da decisão do conselho de ética. A inversão violaria a simétrica paridade dos envolvidos, condição necessária da relação dialógica mencionada pelo ministro.

O Ministro Sepúlveda Pertence encerrou o seu voto fazendo uma observação óbvia mas não por isso menos importante: a solução do ministro Peluso — a de retirar dos autos o depoimento viciado pela inversão da ordem de testemunhas — seria uma solução inadequada devido as particularidades políticas do caso. Ela seria suficiente se a cassação fosse decida por sentença fundamentada, onde seria possível controlar a desconsideração da prova indevida. Contudo, não era esse o caso. Cuidava-se ao contrário de um processo julgado pelo voto secreto, imotivado e insusceptível de controle. Em outras palavras, a solução do Ministro Peluso seria inócua diante do funcionamento da Câmara dos Deputados.

Porém, a observação do Ministro Pertence apesar de consistente e coerente parece não ter afetado a opinião do ministro Cezar Peluso. O ministro que propôs a solução vencedora, disse sobre seu voto:

“O depoimento dessa testemunha envolveu uma acusação — essa é a essência de todo o problema da causa —, e ao impetrante não foi possível contradizê-la. Ou seja, o impetrante rebela-se contra o fato de ter sido produzida uma prova de acusação sem oportunidade de contradição em sentido amplo. Ora, o meu voto — *descontadas as dificuldades de ordem prática decorrentes de certas impossibilidades de apagar o que está no mundo como fato* — atende exatamente ao cerne do problema, à medida que retira do mundo das razões invocáveis esse depoimento e, portanto, suprime exatamente aquilo contra o que se rebela — a meu ver, com razão — o impetrante.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *idem*, grifo nosso)

Como pode o Ministro Peluso manter o seu voto, se ele tinha consciência das “dificuldades de ordem prática” da sua proposta? Não se poderia alegar ingenuidade, nem desconhecimento das consequências práticas do seu posicionamento, já que ele e os outros Ministros expressamente reconheceram que a solução seria ineficaz diante de um julgamento político. Penso que a conveniência de uma solução politicamente neutra, ou seja, de uma decisão que firmasse a atuação do Supremo mas que, ao mesmo tempo, não comprometesse o cronograma da votação do processo de cassação, foi, sem dúvida, levada em consideração. Havia a pressão da imprensa, que tachava o caso como o ‘julgamento do ano’, havia a pressão do congresso, havia a pressão da votação da cassação marcada para o mesmo dia do julgamento, um pouco mais tarde. Se o Supremo tivesse suspenso a sessão — o que quase aconteceu, haveria a possibilidade de os deputados simplesmente não obedecerem a decisão do Supremo — o que geraria um enorme abalo institucional. Uma solução que não aumentasse ainda mais a tensão do caso seria obviamente conveniente.

Mas a questão não é tão simples. O ministro Peluso é conhecido por ser altamente técnico em seus votos. O seu posicionamento, neste caso, não deixou de seguir balizas técnico-jurídicas. É possível que o ministro realmente acreditasse que sua proposta fosse a mais adequada. Ora, o que estava em jogo eram princípios jurídicos como ampla defesa, contraditório e legalidade das provas. Retirar o depoimento viciado seria uma solução jurídica para um problema jurídico. Talvez o que tenha feito o ministro manter sua posição, mesmo em face de todas as objeções, tenha sido a mistura disso tudo. A conveniência política, a

satisfação de critérios técnico-jurídicos, a convicção da solução realmente mais adequada. É difícil saber. O fato é que a solução Peluso foi a vencedora.

O voto do ministro Celso de Mello tem fundamentação diferente daquele do ministro Sepúlveda Pertence, embora ambos tenham votado com o ministro Marco Aurélio pela suspensão do processo até a reinquirição das testemunhas de defesa. Celso de Mello começou seu voto em tom exaltado. A questão essencial, segundo o Ministro, seria que o Supremo Tribunal Federal havia conhecido a matéria ainda que impregnada de forte componente político, porque a matéria envolveria a discussão de garantias e prerrogativas Constitucionais, as quais não poderiam ser ignoradas por ninguém, muito menos pelo Conselho de Ética. A Constituição, sem qualquer esforço de interpretação, imporá às Casas Legislativas a necessária observância, no processo de cassação de mandato, da ampla defesa — o que não teria ocorrido na espécie. O Conselho de Ética e Decoro Parlamentar havia efetivamente transgredido a Constituição, violando de maneira cabal uma garantia básica, direito de qualquer acusado não importando em que instância de Poder. O ministro concluiu o seu voto dizendo ainda que não se estariam discutindo ali meras firulas jurídicas mas, questões graves e importantes que diziam respeito a todos os cidadãos.

O raciocínio pode ser traçado diretamente ao precursor das questões políticas no Brasil, o jurista baiano Rui Barbosa (1956). Ele foi o advogado no primeiro caso envolvendo a matéria no Brasil. Em 1892, o então vice—presidente do Brasil Floriano Peixoto insistia em não convocar eleições para escolha de novo presidente, apesar de ter assumido a chefia da nação de forma irregular. No auge dos protestos, o então presidente mandou prender mais de quarenta pessoas. Em defesa dos presos Rui Barbosa redigiu extenso *habeas corpus*. “Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para debelação da justiça” defendeu o jurista (TEIXEIRA, 2005, p. 68).

Na sua petição, Rui Barbosa distinguiu as questões políticas das judiciais. Existiriam de um lado os poderes constitucionalmente delimitados e os direitos individuais taxativamente assegurados. Se os poderes exorbitassem suas competências ou se os direitos individuais fossem feridos, a intervenção judicial seria legítima — em qualquer instância, seja em que caso for. Contudo a conveniência e oportunidade intrínsecas à função política permaneceriam imunes a intervenções. Como exemplos de questões que, conforme as circunstâncias

do caso concreto, poderiam ser classificadas como *exclusivamente políticas*, estariam, entre outras, a declaração de guerra e celebração de paz, a manutenção das relações diplomáticas e a celebração de tratados (SOUSA JÚNIOR, 2004). As questões políticas para Barbosa estariam, portanto, intrinsecamente ligadas aos atos discricionários, sendo jurisdicionáveis sempre que exorbitados os limites das competências de um poder ou violadas garantias individuais. Havendo qualquer um desses casos, seria legítimo ao tribunal *transformar* uma questão política em questão jurídica. Nesse sentido aponta também Pontes de Miranda. Para ele, as questões que estariam fora da competência de exame do poder judiciário seriam resolvidas pela regra de competência. Alguns atos seriam de competência exclusiva do poder Legislativo; e outros, do Executivo. A discricionariedade seria intrínseca à atividade política desenvolvida por esses dois poderes. Contudo, mesmo os atos discricionários teriam limites legais. Segundo Pontes de Miranda (1987, p. 98), “a transposição, pelo poder da linha delimitadora de sua competência, converte a questão, antes política, em jurídica, sujeita, portanto, ao controle judicial”. O jurista conclui: se uma questão se apresentasse como exclusivamente política, como a violação de algum direito ela deixaria de sê-lo.

A petição de Rui Barbosa gerou grande expectativa e o julgamento cercou-se de uma grande carga de tensão. Sobre esse clima atribulado, conta-se a seguinte anedota. Com a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal conceder *habeas corpus* para os presos, o então presidente Floriano Peixoto teria dito: “Se os juízes do Tribunal concederem *habeas corpus* aos [presos], eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas corpus* de que, por sua vez necessitarão” (RODRIGUES, apud TEIXEIRA, 2005, p. 70). Durante o julgamento, em sua longa intervenção oral, Rui Barbosa tentou chamar a atenção para a afirmação de que a natureza política da questão impedia que ela fosse examinada judicialmente:

Dizem: ‘Este assunto é vedado à justiça, pela natureza política das atribuições que envolve’. Não vos enredeis em tal sofisma. Qual é a disposição constitucional, onde se acha essa exceção limitativa à vossa autoridade geral de negar execução às leis inconstitucionais e aos atos inconstitucionais do Poder Executivo? Se a suspensão das garantias envolvesse unicamente interesses políticos, se pelos direitos que interessa constituísse um fato de ordem exclusivamente política, nesse caso sim.

Com os atos de puro governo não têm que ver os tribunais. Mas aqui não. Vós, Tribunal Supremo, fostes instituído para guarda dos direitos individuais, especialmente contra os abusos políticos ; porque é pelos abusos políticos que eles costumam perecer. (BARBOSA apud TEIXEIRA, 2005, p. 71)

A força retórica e talento jurídico de Rui Barbosa não foram suficientes para convencer o Supremo Tribunal Federal. À exceção de um ministro, o Tribunal votou pela denegação de todos os pedidos do advogado. No acórdão ficou consignado não ser “da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo” (COSTA apud TEXEIRA, 2005, p. 73)

As lições históricas de Rui Barbosa, Pontes de Miranda e outros pareceram inspirar as opiniões apaixonadas e contundentes dos Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello. Contudo, essa visão parece que não foi compartilhada pelos Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto; os dois viam a questão sob um outro ângulo.

1.1.2 Análise do voto dos Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto

Joaquim Barbosa provocou intensas reações do tribunal com sua posição sobre o julgamento. Segundo o Ministro, as dificuldades para conceder a liminar seriam prova da inadequação do posicionamento adotado pela Corte: a de tentar impor a uma Casa política as “bizantinices” de um processo judicial. O Ministro Nelson Jobim, perguntou ironicamente se, para Joaquim Barbosa, ampla defesa era bizantinice. Outra crítica debochada veio do Ministro Sepúlveda Pertence. Ele disse que a posição do Ministro Barbosa nada tinha a ver com a discussão, e que pelo jeito as objeções Florianistas (a qual já nos referimos) ainda causavam saudade.

Irritado o ministro Joaquim Barbosa retrucou, lembrando à Corte que a doutrina Brasileira e o STF não teriam “inventado” essa questão. O relevante para ele seria que, na maioria das democracias, uma questão como esta, sobretudo com as minúcias processuais envolvidas, jamais seria discutida por uma Corte Suprema. Em tom elevado, o ministro Sepúlveda Pertence replicou: “Somos então da minoria esmagada: aqui, a objeção da ‘questão política’ nunca foi levada a sério ante a universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Indaga-se se há, ou não, uma pretensão de direito a decidir” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 165.

O debate acalorado dos ministros nos chamou muita atenção. Foi peculiar perceber que eu não sabia me decidir a quem dar razão. Os argumentos de ambos os lados faziam sentido para mim. O voto do ministro Joaquim Barbosa fazia muito sentido e corroborava com toda minha bagagem de pesquisa. Ao final de 2005, participei de um projeto que procurava examinar a diferença entre o Ser e o Dever-ser do processo legislativo na Câmara Legislativa do Distrito Federal, ou seja, qual seria a diferença entre a idealidade jurídica — no caso, regimental — e a prática do trabalho desenvolvido pelos deputados distritais na Câmara Legislativa⁴. Fizemos diversas vistas ao Parlamento local. Antes da incursão ao campo, encontramos o que parecia ser a solução para todos os problemas da pesquisa: Jürgen Habermas. Ele via no processo legislativo um espaço onde, através da discussão e aprimoramento argumentativo das proposições, a lei se tornaria mais legítima. A legitimidade da lei resultaria portanto no cumprimento das regras regimentais e constitucionais que garantissem a igualdade simétrica de participação no debate de todos os envolvidos, isto é, os parlamentares e o setor da sociedade porventura afetados por aquela legislação. Lembro claramente que essas ideias me seduziram e pareciam realmente ser a solução para os problemas políticos brasileiros. Racionalidade, legitimidade, lisura — e tudo isso garantido pelo convencimento, pelo debate, pela discussão. O que poderia ser melhor para uma Casa Legislativa?

A beleza teórica da bibliografia sobre a ação comunicativa logo foi posta a teste. Foi durante a participação numa simulação da Câmara dos Deputados, promovida pelo departamento de Ciência Política da UnB. O programa, chamado Politéia, propiciava ao participante situações bem próximas das experimentadas pelos deputados na sua atividade parlamentar. A simulação envolvia a elaboração e apreciação de proposições, desenrolava-se no espaço físico do plenário da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, contava com um regimento interno, assessores, ata e súmula das sessões, e duas Comissões simuladas: uma de Assuntos Sociais (CAS) e a outra de Constituição e Justiça (CCJ). A experiência causou uma reviravolta no rumo da pesquisa.

⁴ Pesquisa realizada no PIC — Programa de Iniciação Científica do UniCEUB. A pesquisa denominada “A produção normativa na CLDF: um estudo sobre o Dever-ser e o Ser do Processo Legislativo” durou um ano e envolveu além de análises teóricas, visitas à Câmara Legislativa e a participação numa simulação do processo legislativo que serviu como um laboratório onde foi possível ‘testar’ a viabilidade de algumas teorias. O trabalho foi publicado e recebeu o prêmio ‘Melhor Trabalho de Iniciação Científica’ da FUNADESP em 2005.

A bibliografia pela qual tinha me encantado ruuiu diante da curta mas intensa experiência empírica. A teoria simplesmente não dava conta da variedade, complexidade e sutileza dos dados. Eu aprendi que, em política, muitas vezes o discurso jurídico ou melhor argumento serve apenas como um instrumento para viabilizar interesses de outra ordem, como trocas, barganhas e estratégias. As ideias da antropóloga americana Sally Falk Moore (1975) parecem muito apropriadas para entendermos a diferença entre o que lemos e o que experimentamos na prática em termos de política. Moore propõe abordar os “processos sociais em termos da inter-relação de três componentes: os processos de regularização, os processos de ajustamentos situacionais e o fator da indeterminação”. A autora justifica seu método. “Há um conflito constante entre a pressão pela regulamentação, pela regularização e enquadramento e as circunstâncias inevitáveis, as discontinuidades, variedades e complexidades que tornam a vida social intrinsecamente inapropriada para uma ordenação total. As estratégias dos indivíduos raramente se calcam nos alicerces das normas e regras. Para cada ocasião que uma pessoa pensa, ‘Isso não pode ser feito, isso é contra as regras ou categorias’ há, uma outra ocasião em que o mesmo indivíduo pensa, ‘Aquelas regras ou categorias não se aplicam (ou não deveriam se aplicar) a esta situação. Este é um caso especial’” (MOORE, 1975, p. 39). Foi exatamente o que constatamos com base no material empírico colhido no Politeia e na Câmara Legislativa.

A sensibilidade de Sally Falk Moore também pode ser encontrada no trabalho do antropólogo brasileiro, Luiz Eduardo de Lacerda Abreu. O programa de pesquisa do antropólogo tem por objetivo examinar as interações entre política e direito, entendidas como tipos de linguagem diferentes. Elas seriam linguagens diferentes, na medida em que os usos das palavras estiverem, nos dois contextos, submetidos a regras diferentes. O professor Luiz Eduardo aponta uma série de características peculiares à linguagem política brasileira. Uma delas seria a existência de duas realidades distintas que operam no plano político; uma institucional composta pelas leis, regimentos internos, resoluções; a outra, os bastidores, ou seja, aquilo que, da perspectiva dos que participam dos eventos, estaria “de fato” acontecendo. Um fato interessante é que muitas vezes uma realidade negaria a outra. Ou seja, nos bastidores a linguagem institucional e tudo que há nela, leis, decisões judiciais ou a constituição ficariam relegadas a um segundo plano, servindo em alguns casos como uma estratégia para argumentação e não como o ponto central. Isso é muito interessante para analisar o tipo de

relação que a política estabelece com o Direito. “Talvez estejamos diante de uma sociedade onde as bases da legitimidade não sejam o convencimento racional, a razão iluminista ou a ação comunicativa”, propõe Abreu (2006, p. 17). Uma afirmação muito parecida com a que chegamos ao analisar a Câmara Legislativa do Distrito Federal.

As especificidades do mundo político, às vezes tão contrastantes com o discurso jurídico, parecem ter sido levadas em consideração pelo Ministro Carlos Britto. Ele entendeu que houve sim o exercício da ampla defesa no caso; houve ampla defesa nos limites e moldes próprios do ambiente político-parlamentar. Ou seja, a ampla defesa teria significados diferentes de acordo com o contexto — e, portanto, processos jurídicos e processos políticos precisariam ser medidos por balizas próprias. “Cada dia com sua magia, cada processo com sua ontologia” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 142), disse o ministro. O ministro Sepúlveda Pertence analisou com ironia a posição do ministro Britto e disse não duvidar que cada processo — o penal, o civil, o político, o eleitoral e até o concurso de fantasias do carnaval — possuiria uma ontologia própria. Mas haveria um mínimo constitucional de obediência às regras e princípios. Apesar da irônica observação do ministro Pertence, a ideia de que direito e política teriam características distintas e que ampla defesa teria significados diferentes para essas duas áreas fez enorme sentido para nós. Talvez seja porque reconheci nesse raciocínio, leituras familiares de dois autores paradigmáticos para a filosofia e a sociologia, respectivamente Wittgenstein e Bourdieu. Embora os autores não endossem em suas obras a visão “ontológica” expressa pelo Ministro Carlos Britto, eles permitem pensar a relação entre direito e política sob perspectivas diversas.

O conceito fundamental de Bourdieu para nós é de *campo*. Para Bourdieu, o campo seria um universo que compreende agentes e instituições, um mundo social como outros mas que obedece a leis específicas, e, justamente por isso, se diferencia dos outros. A noção de campo pode ser definida como um espaço relativamente autônomo, um microcosmo dotado de suas leis próprias. “Se, como o macrocosmo, ele é submetido a leis sociais, essas não são as mesmas. Se ele jamais escapa às imposições do macrocosmo, ele dispõe, com relação a este, de uma autonomia parcial mais ou menos acentuada” (BOURDIEU, 2004, p. 21). O grau de autonomia do campo é uma das medidas de sua força; ela é determinada, entre outras coisas, pelo modo como o campo lida com demandas externas e as traduz

segundo sua própria lógica. O campo jurídico tem uma maneira muito particular de fazer isso. Segundo Bourdieu o direito realiza uma re-tradução de todos os aspectos de uma situação fática para colocá-la em termos legais. Ou seja, para transformar um fato qualquer em fato jurídico um filtro é utilizado. Esse filtro não é fruto do acaso segundo o sociólogo. A filtragem faz parte de uma estratégia de poder e legitimação que é característica do campo forense. Essa ‘transformação’ do ordinário para o técnico—legal é feita utilizando propositalmente uma linguagem hermética, ritualística e hierárquica. Mas, por maior que seja a força simbólica do direito, Bourdieu nos lembra que “fatos jurídicos são construções jurídicas e não vice—versa” (BOURDIEU, 1987, p. 831), ou seja, que os fatos jurídicos não *os fatos*, mas uma versão deles, uma narrativa como aponta François Ost (2005). Isso é relevante porque coloca em evidência a ideia de que o direito é um entre tantos outros campos que compõem o mundo social. Evidentemente cada campo tem sua especificidade, suas características e consequentemente suas diferenças. Para o ministro Carlos Britto, a singularidade ontológica que separa a política do direito justificaria porque, no caso em exame, ele entende que não houve desrespeito a ampla defesa. Essa ideia parece reforçada pela filosofia (ou anti-filosofia) de Wittgenstein (2005).

Wittgenstein tem uma maneira particular de ver a linguagem. Para ele o significado é igual ao seu uso. Ou seja, o significado de uma palavra ou conceito se dá pelo modo como essa palavra é usada em um contexto específico (PITKIN, 1985). Essa ideia aparentemente simples tem profundas implicações para o direito. Hoje predomina, no campo jurídico, uma visão lógico-formal que usa o método dedutivo como caminho para aplicação do direito.

(...) há, na cultura jurídica, uma certa ideia sobre a aplicação do direito: aplicar normas é adequar, subsumir fatos dados a elas, de forma quase que mecânica ou matemática, no pressuposto de que os textos normativos possuam sentidos objetivos (FREITAS FILHO 2009, p. 31)

O problema, da perspectiva que estamos adotando aqui é que:

A visão lógico formal também se baseia em suposições sobre como a linguagem funciona, mais precisamente na ideia de que a linguagem existe para descrever o mundo, ideia presente, por exemplo, no caráter objetivo dos conceitos jurídicos e na sua consequente aplicação dedutiva. Isso tem diretas implicações para o nosso assunto, implicações que ficam claras se tomarmos como exemplo a própria questão da ampla de-

fesa. Vista de uma perspectiva que pense a linguagem a partir da sua função representacional, a pergunta “qual a verdadeira natureza da ampla defesa?” se *compromete* com alguns pressupostos. O principal deles é supor a existência de algo, seja no mundo dos fatos seja no mundo das ideias, que pudesse ser nomeado como a sua, digamos, “essência”, do qual todo o resto é derivado; algo que permanece constante para além das variações sob as quais o conceito de ampla defesa se apresenta. Para uma percepção que pensa a linguagem a partir da ideia que o significado equivale ao uso, isso equivaleria à tentativa de “alimentar-se de um regime desequilibrado”, pois esquece a diversidade dos jogos de linguagem, diversidade que justifica porque no contexto político—parlamentar ampla defesa tem um significado (e em consequência, requisitos) diferente de outros. (ABREU, 2007, p. 10—12)

Percebe-se então que interpretar ampla defesa como um instituto jurídico, universal, possuidor de uma essência e tentar aplicá-lo a um contexto cheio de particularidades como o político seria um equivoco sob o ponto de vista wittgensteiniano.

1.1.3 Outras considerações teóricas

Uma das grandes questões envolvidas no caso é a relação entre direito e política. É uma relação complicada, sem dúvida. É possível classificá-los de diversas maneiras (campos, esferas, formas de conhecimento e agir, etc.). Contudo, sob qualquer uma dessas perspectivas, direito e política são muito diferentes (como vimos, por exemplo em VIEIRA 2005 e ABREU 2006). Há semelhanças também, claro. Mas, como em qualquer relação, seja entre pessoas ou ideias, as diferenças são naturalmente o fator preponderante da complexidade de um relacionamento, digamos assim. Embora a relação entre direito e política seja marcada por enormes diferenças e temperada frequentemente por conflitos e discussões, a metáfora do relacionamento talvez não seja a mais adequada. A comparação com uma *conversa*, um *diálogo* tem, por outro lado, uma justificativa interessante. É que todo diálogo pressupõe uma relação hermenêutica, um esforço interpretativo. Desnecessário explicar o quão importante é a função hermenêutica para o direito. Mas, apesar de importante, será que o diálogo travado pelo direito com seus interlocutores é um diálogo verdadeiramente hermenêutico? Dito de outro jeito, como se deu o diálogo entre direito e política neste caso?

Como critério de avaliação, iremos utilizar o conceito de círculo hermenêutico proposto por Heidegger: “Toda interpretação tem por tarefa última não deixar que seus conhecimentos e concepções prévios se imponham pelo que se antecipa nas intuições e noções populares, mas assegurar o seu tema científico por um desdobramento de tais antecipações segundo as ‘coisas mesmas’” (HEIDEGGER apud GADAMER, 2003, p.60). Ou seja, ao interpretar um objeto é preciso manter um diálogo constante para que os preconceitos inerentes a qualquer olhar se ajustem ao objeto em si mesmo, ou o mais próximo disso possível. O importante é que, ao interpretar a ‘coisa mesma’, o interprete mantenha-se aberto às peculiaridades, às nuances daquele, fazendo o ajuste entre os preconceitos intrínsecos a toda interpretação e as especificidades do objeto. O caso em exame possui muitas características que são historicamente de difícil trato jurídico. Essas dificuldades foram suscitadas no julgamento pelos Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto.

A questão do diálogo abre várias discussões interessantes. Um diálogo, por seu esforço interpretativo, hermenêutico, envolve o ato de *escutar*, de perceber o outro. Será que o Direito faz isso? Será que o Direito pode fazer isso? Muito representativa na questão é a posição dos juízes nos tribunais. Geralmente eles se sentam acima das partes e, além de presidir os trabalhos, determinam quem pode falar e quando. Uma conversa de “cima para baixo” portanto. Na análise das questões políticas pelo Supremo Tribunal Federal, muito embora reconheça-se que as questões puramente discricionárias estejam fora do alcance dos tribunais, o limite do tribunal não lhe é imposto por uma força externa. Cabe ao Judiciário — e não à política — dizer se aquela questão é ou não puramente discricionária. É como se o Direito dissesse: “OK, vamos conversar, mas eu dito os termos”.

Não é contudo, apenas com a política que o Direito tem dificuldades para dialogar e posicionar-se eficazmente. Em uma etnografia dos Juizados Especiais no Brasil, o antropólogo Luiz Roberto Cardoso de Oliveira vai chamar a atenção para o fenômeno da ‘redução a termo’. Os litigantes ao demandarem uma prestação jurisdicional dos juizados precisam traduzir o seu conflito em termos jurídicos. O problema entre as partes tem que ser, portanto, reduzido a termo, colocado de acordo com a linguagem forense. Pode-se observar o fenômeno como um filtro típico do campo jurídico. Mas esse processo é problemático, pois toda filtragem ou tradução implica em escolhas, em deixar algumas coisas de fora. Nesse sentido

o professor Cardoso de Oliveira mostra que os tribunais no Brasil impõem às causas que lhe são encaminhadas, um forte processo de filtragem, “o qual tende a excluir aspectos significativos do conflito vividos pelas partes, reduzindo substancialmente a perspectiva de um equacionamento adequado para suas demandas e preocupações” (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2005, p. 5). Excluir aspectos significativos do conflito seria não levar em consideração ou não dar importância às especificidades do caso. Muitas vezes, ao não dar a devida atenção a esses aspectos, a solução preconizada pelos Juizados para resolver o conflito não é eficaz.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal possuir diferenças significativas na comparação com os juizados especiais, a eficácia da decisão do Supremo no caso em exame é também altamente questionável. A solução preconizada — retirar dos autos o depoimento viciado — parece não levar em consideração as particularidades de um julgamento político. Uma decisão eficaz não teria que levar em conta essas especificidades? Os limites dessa questão parecem ficar expostas num comentário pitoresco de um conhecido psicanalista de Brasília. Conversando sobre a relação entre direito e psicanálise, ele pontuou que muitas vezes o direito, com sua frieza e formalismo, deixa de fora toda as subjetividades envolvidas nos casos com que lida. Num estupro por exemplo, o direito teria que considerar — o que não faz — a subjetividade que levou ao crime. “Ora, se a mulher usa roupas provocativas, se ela age de modo insinuante, dança de maneira lasciva, isso teria que ser levado em consideração, não é?” disse o psicanalista. Esse comentário viola frontalmente meus princípios intuitivos de justiça. É evidente, também que o comentário, além de machista, poderia ser contestado do próprio ponto de vista da psicanálise. Mas isso mostra como alguns campos delimitados, como é o caso da psicologia, da cultura e, claro, da política demandam que suas especificidades sejam levadas em consideração quando analisadas pelos tribunais. A questão é até que ponto essas particularidades seriam importante para o caso. Quais seriam os limites desse diálogo?

De fato, a condição peculiar do processo de cassação político-parlamentar e a dificuldade de uma intervenção jurídica no caso não passaram, como vimos, despercebidas durante o julgamento. Mas, o fato de o assunto ser suscitada não causou surpresa. O inusitado foi o tom da discussão. Tanto o Ministro Barbosa como o Ministro Britto foram duramente criticados pela sua posição, em tom elevado e muitas vezes irônico. A julgar pelo tom das críticas, parece que os mi-

nistros haviam tocado num assunto proibido. Michel Foucault já advertia para os riscos das palavras e os controles existentes para diminuir esses perigos. O que isso teria a haver com o julgamento?

“Sabe-se bem que não se tem o direito de dizer tudo, que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar de qualquer coisa” (FOUCAULT, 2004, p.9). Tabu de objeto, ritual da circunstância ou exclusividade do sujeito seriam três interdições que serviriam para conjurar os poderes e perigos do discurso. Identificamos a imposição (ou a tentativa de impor) de pelo menos duas dessas interdições no julgamento. O tabu do objeto — a política — foi construída historicamente. A discussão das questões políticas e das intervenções jurídicas foi sempre marcada por tensão e divergência. Num julgamento do Supremo Tribunal Federal, do qual esse caso não é exceção, há claramente o ritual da circunstância. Não se pode falar o que quiser, quando quiser e só algumas pessoas estão autorizadas a falar. A utilização de argumentos que colocassem o sistema jurídico (do qual o STF é guardião) em xeque, ou o uso de argumentos metajurídicos (argumentos *v.g.* sociológicos, psicológicos, *ect*) estariam “fora de lugar”.

1.1.4 Conclusões

“Todo apaziguamento em relação a determinados pontos de nossas buscas constitui apenas uma resignação ilusória” (GOETHE, 2002).

Após a análise dos votos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello de um lado, e Joaquim Barbosa e Carlos Britto de outro ficou evidente que há algo de importante e muito contraditório nas duas posições.

“MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Para mim, relevante é a constatação de que, na maioria esmagadora das democracias, uma questão como esta, sobretudo com as minúcias processualísticas com que ela está sendo discutida aqui, jamais seria sequer discutida por uma Corte Suprema” (Supremo Tribunal Federal, 2006, p.164)

MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Somos então da minoria esmagada: aqui, a objeção da “questão política”

nunca foi levada a sério ante a universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Indaga-se se há, ou não, uma pretensão de direito a decidir. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 166).

Isso pode parecer óbvio e trivial, mas sob um exame cuidadoso a questão é tudo menos simples. Há claro, no posicionamento de cada ministro, pontos mais ou menos densos, argumentos que variam em consistência e complexidade. Há enfim, nos votos dos ministros, aspectos que fazem sentido e outros problemáticos. Numa balança de erros e acertos, uma das soluções deveria ‘ter razão’.

Mas será que ter consciência de um problema é suficiente para superá-lo? Quer dizer, estar a par das dificuldades de uma questão é suficiente para resolvê-la? Analisando os votos e os argumentos contidos neles, cheguei várias vezes a pensar: “Eureka!” e daí vinha uma teoria, uma ideia que parecia resolver tudo. A política é claro tem características próprias, mas há um mínimo legal que deve ser observado em todas as instâncias. E parecia claro que, no caso, o mínimo legal não havia sido respeitado. Por alguns dias respirei aliviado, até orgulhoso de ter ‘encontrado’ essa resposta. Mas aí, a curiosidade acadêmica, um espécie de *trickster* interno que não nos deixa em paz, denunciava que não havia acabado. O incômodo com a decisão final do julgamento continuava. Era preciso encontrar critérios para uma crítica.

Lembramos, então de Feyerabend (1977). Sua ideia é de que não é possível criticar um sistema de ideias e valores a partir dele próprio; mas somente, a partir de uma perspectiva que lhe seja externa. Esse elemento necessário para a crítica estava o tempo todo lá: a linguagem. De tão óbvia, essa perspectiva passou despercebida. Partindo do prisma wittgensteiniano de que o significado é o uso, poderíamos dizer que a decisão do Supremo foi ineficaz e inadequada pois não considerou os jogos de linguagem aos quais estava submetido um conceito chave para o caso — a ampla defesa. Ora, o significado de ampla defesa está ligado aos seus usos e a contextos próprios. Consequentemente esse instituto tem pesos e medidas diferentes no direito e em política. “Eureka!” pensei novamente. A resposta era relativamente simples, mas fazia muito sentido. Novamente senti um alívio. Como é bom ter uma resposta segura, uma solução, um ‘fim’.

Mas por algum motivo, lá no fundo, eu não me sentia convencido. O incômodo continuava, apesar de não conseguir elaborar nenhuma outra resposta. Era como se toda a teoria à disposição não conseguisse cobrir a realidade. Ela escorrega entre os dedos. Talvez esse seja a principal conclusão do trabalho: o limite do diálogo entre direito e política está na impossibilidade epistemológica do primeiro em (re)conhecer os complexos jogos de linguagem que o segundo prática e reinventa com destreza a todo instante.

Referências Bibliográficas

ABREU, L.E. & BARBOSA DA SILVA, F. A. *Saúde: capacidade de luta* — A experiência do Conselho Nacional de Saúde. Texto para Discussão do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada — IPEA, 933, 7—55. 2002.

ABREU, L.E. *Luiz Tarlei de Aragão*. Anuário Antropológico, Rio de Janeiro, v. 2004, p. 243—252. 2004.

_____. *A troca das palavras e a troca das coisas*. Política e linguagem no Congresso Nacional. Mana vol.11, no.2, p.329—356. 2005.

_____. *Riscos na Política. As instituições em jogo*. In M. D. Varella (Ed.), *Direito, sociedade e riscos. A sociedade contemporânea vista a partir da ideia de risco* (pp. 180—212). Brasília: UniCEUB; UNITAR; Rede Latino Americana e Européia sobre Governo dos Riscos, 2006.

_____. *Observatório do Judiciário: linguagem, etnografia e democracia*. Projeto elaborado para o projeto 'Pensando o Direito' do Ministério da Justiça, 2007.

ASSIS, Machado de. *O velho Senado*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

BARBOSA, Leonardo, A. A. *Processo legislativo como discurso de justificação do direito: uma investigação sobre a circulação social do poder político na teoria discursiva do direito e da democracia*. Tese de mestrado. Universidade de Brasília, 2005.

BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*, RJ, v. XIX, 1892, t. III, MEC, 1956.

BERMAN, Harold, J. *Direito e revolução*. A formação da tradição jurídica ocidental (Traduzido por E. T. Kataoka). São Leopoldo/RS: Unisinos, 2006.

BOAVENTURA, Helayne. *Crise ética*. Correio Braziliense, Brasília, 24 nov. 2005b. p.A10

BOAVENTURA; Helayne; ROCHA, Marcelo. *Crise ética*. Correio Braziliense, Brasília: 29 out. 2005a. p. A4

BOURDIEU, Pierre. *The force of the law: toward a sociology of the juridical field*. (Traduzido por R. Terdiman) The Hastings Law Journal, vol 38, p. 805—853. 1987.

_____. Pierre. *Os usos sociais da ciência* — por uma sociologia clínica do campo científico. (Traduzido por D. B. Catani) São Paulo: Editora UNESP, 2004.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luis Roberto. *Direitos, insulto e cidadania* (Existe violência sem agressão moral?). *Série Antropológica*, 371. 2005

CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. Entrevista concedida a página eletrônica da Livraria Saraiva. São Paulo, 15 de ago. 2001. Disponível em <http://www.saraivajur.com.br/DoutrinaEntrevistasDetalhe.cfm?Cod=48>. Acesso em 27.09.2007.

DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo. Teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método. Esboço de uma teoria anárquica da teoria do conhecimento*. Traduzido por O. S. Mota and L. Hegenberg. Rio de Janeiro: F. Alves, 1977.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Traduzido por L.F.A. Sampaio. 11. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

FREITAS FILHO, R. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Fabris Ed., 2009.

GADAMER, Hans—Georg. *O problema da consciência histórica*. Traduzido por P. C. D. Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Elementos para uma compreensão metajurídica do processo legislativo*. Disponível em http://marcelogaluppo.sites.uol.com.br/elementos_para_uma.htm Acesso em 03 de Agosto de 2004.

GEERTZ, Clifford. *The Interpretation of Cultures*. New York: Basic Books, 1973.

GOETHE, Johann Wolfgang. *Os Sofrimentos do Jovem Werther*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Traduzido por W. Rehg. Cambridge, Mass: MIT Press, 1998.

JORNAL NACIONAL. *Crise entre os Poderes*. Rio de Janeiro: Rede Globo, 24.11.2005 Programa de TV.

LIMA, Luiz Costa. *A aguarrás do tempo. Estudos sobre a narrativa*. Rio de Janeiro: Rocco, 1989.

MOORE, Sally Falk. *Law as a process: an anthropological approach* — Uncertainties in situations, indeterminacies in culture. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1975.

OST, François. *Contar a lei*. As fontes do imaginário jurídico. Traduzido por P. Neves, Coleção Díke. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

PITKIN, H. F. 1993. *Wittgenstein and justice* — On the significance of Ludwig Wittgenstein for social and political thought. Berkeley: University of California Press. Original edition, 1972

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo III/644, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Traduzido por A. Pisetta e L.M.R Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002

SANDER, Leticia; LAGO, Rudolfo. *Poderes*. Correio Braziliense. Brasília: 03 nov. 2005. p. A4

SCHEPPELE, Kim Lane. (2004). Constitutional Ethnography: An Introduction. *Law & Society Review*, 38(3), 389—406

SOUSA JÚNIOR, Antonio Humberto. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, MS 25.647. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 30.11.2005. DJ:15.12.2006

_____. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/institucional/regimento/ristf.pdf>. Acesso em: 14 de agosto de 2007.

TEIXEIRA, José Elares Marques. *A Doutrina das Questões Políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

VEJA. *A justiça suprema*. São Paulo, Editora Abril, edição 2024, ano 40, nº35, 5 de set. 2007.

VIEIRA, Bruno Furtado. A produção normativa na Câmara Legislativa do Distrito Federal: um estudo sobre o dever-ser e o ser do Processo Legislativo. *Universitas Jus*, Brasília — DF, n. 12, p. 17—37, 2005.

VIVEIROS DE CARVALHO, Cristiano. *Controle Judicial e Processo Legislativo: a observância do regimento Interno das Casas legislativas como garantia do estado de Direito*. Porto Alegre: Safe, 2002.

WITTGENSTEIN, Ludwig. 1995. *Philosophical investigations*. Traduzido por G. E. M. Anscombe. London: Basil Blackwell Ltd. Original edition, 1953.

O COTIDIANO DE UMA GRANDE TESE. OS BASTIDORES DA ADVOCACIA E SUAS ESTRATÉGIAS

Nathalia Gomes Pedrosa

“Em outros termos, o poder não se aplica aos indivíduos, mas passa por eles.” (FOUCAULT, 1979, p. 183).

A definição do tema desta pesquisa aconteceu, curiosamente, após a escolha da metodologia. A ideia inicial de desenvolver um trabalho etnográfico foi inspirada na tese de doutorado do antropólogo Luiz Eduardo de Abreu, *Os labirintos do Minotauro. Troca, política e linguagem* (ABREU, 1999), a qual pude conhecer no decorrer do curso, quando participei, no Grupo Lei & Sociedade, da Pesquisa sobre Etnografia Constitucional. A leitura deste e de outros textos me permitiu sistematizar a minha experiência como estagiária em um grande escritório de advocacia. A perspectiva etnográfica, permitiu-me ver com outros olhos o cotidiano dos — como chamamos — operadores do direito.

A presente etnografia é um relato da minha experiência na advocacia, e uma tentativa de demonstrar que a sua prática requer muito além de técnica e conhecimento jurídicos. Para participar dessa atividade tão versátil é fundamental ter, além de estudo, jogo de cintura, perspicácia, paciência e perseverança. É comum ver advogados verdadeiramente viciados na profissão, pois se trata, em boa parte, de um jogo, onde as regras são moldadas de acordo com os jogadores e vão tornando-se mais rígidas ou flexíveis no decorrer das partidas. Mais do que isso, a etnografia propõe que a, por assim dizer, “alma” da advocacia está na sua maleabilidade no confronto com a rigidez da norma.

Mas, como toda boa história, é preciso começar pelo princípio.

Estagiária e etnógrafa

Em 2005, interrompi, por 2 anos, o curso de Direito para viajar e estudar línguas. Após curta temporada nos Estados Unidos, fui para Europa visitar minha mãe, que, à época, fazia doutorado em Madri, na Espanha. De lá, segui para Inglaterra onde prossegui com os meus estudos de inglês. Lá morei por 1 ano e meio, na cidade de Bristol, sudoeste do país. Nesse período tive contato com diversas culturas, e, também, com suas regras e condutas sociais, o que permitiu que eu ampliasse minha perspectiva acerca da finalidade da norma, do seu cumprimento e do maneira como os indivíduos de certa cultura se comportam em relação a ela. A experiência me permitira, mais tarde, relativizar a maneira como, no Brasil, os estagiários de um grande escritório lidam com as regras que cercam seu ofício.

De volta ao Brasil, retomei o curso de Direito com as minhas primeiras aulas de Direito Processual Civil. O processo judicial ainda era algo abstrato para mim, e tudo a seu respeito soava vago ou imaterial. Não conseguia visualizá-lo na prática. Além disso, pensava que, para levar uma causa ao seu trânsito em julgado, para passar por cada um daqueles inúmeros procedimentos previstos na Lei, o advogado precisaria tão somente dominar a técnica e a doutrina jurídicas. Mas o conhecimento teórico por si só me parecia insuficiente. Decidi, então, procurar estágio no escritório de advocacia, *locus* dessa pesquisa.

Na minha experiência como estagiária na advocacia privada, desempenhei as atividades internas do escritório e a rotina da Justiça Federal (JF), do Tribunal Regional Federal — 1ª Região (TRF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF). Foi nesta experiência intensa e, em alguns momentos, alucinante que tornou possível colher os dados que relato neste artigo. Ela me levou a descrever a prática jurídica contenciosa sob duas perspectivas: o escritório e sua cultura organizacional por um lado, a atuação estratégica dos estagiários e advogados nos Tribunais de outro.

Mesmo depois de 8 (oito) semestres de curso de Direito, o campo objeto da presente pesquisa era novo pra mim. Até então eu havia trabalhado somente com processos administrativos, na Procuradoria-Geral do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA). Portanto, o universo do Poder Judiciário, assim como o da advocacia privada, me era desconhecido. As duas experiências foram muito diferentes.

“Olhar as dimensões simbólicas da ação social - arte, religião, ideologia, ciência, lei, moralidade, senso comum - não é afastar-se dos dilemas existenciais da vida em favor de algum domínio empírico de formas não-emocionalizadas; é mergulhar no meio delas.” (GEERTZ p. 40)

A prática da advocacia tornou evidente, dentre outras coisas, que a “obtenção” de resultados favoráveis em uma ação judicial não depende, exclusivamente, de uma boa argumentação jurídica. Com efeito, muitas vezes, o trabalho de um advogado não se baseia necessariamente em grandes discussões doutrinárias, na utilização exclusiva de conhecimentos técnicos jurídicos ou em debates de mérito. A atuação do operador do direito no âmbito processual envolve atos e fatos jurídicos e não jurídicos que acontecem no que chamarei de “bastidores do direito”. Eles são, por um lado, absolutamente estratégicos e, por outro, muitas vezes obras do “acaso”. Os sócios do escritório, ao traçarem “as estratégias” de determinada ação judicial, consideram e analisam inúmeros fatores, os quais, em sua maioria, nada tem a ver com o que disseram os mais brilhantes doutrinadores do Direito acerca do processo civil; muitos destes sequer estão previstos nas legislações e regimentos internos dos Tribunais. A boa execução destas estratégias depende maciçamente do trabalho de estagiários, cuja mão-de-obra é, por vezes, desvalorizada e arbitrariamente explorada.

Além disso, conforme formos avançando na descrição dos “bastidores do direito”, com mais intensidade aparece a questão do poder e os seus efeitos. Penso aqui, como principal referência teórica, no texto de Michael Foucault “Soberania e Disciplina” publicado em *Microfísica do Poder* (FOUCAULT, 1990, p. 179-191). Neste texto, Foucault discerne os mecanismos do poder sob dois pontos de referência: um que diz respeito às regras formais do direito que delimitam o poder, e o outro que consiste nos efeitos de verdade produzidos por esse poder. Estas duas ideias serão, para esta pesquisa etnográfica, de uma maneira ilustrativa, como uma luz, um guia para examinarmos as ações dos sujeitos e as suas posições no sistema de relações de poder que se pretende estudar. Mas, para tanto, e seguindo Foucault, iremos descrever o poder e os seus efeitos a partir das extremidades, nas relações cotidianas entre advogados/estagiários e magistrados/serventuários que se desenvolviam no escritório e nos tribunais; projeto que, nas palavras do autor, se expressa da seguinte maneira: “creio que seria preciso procurar estudar os corpos periféricos e múltiplos, os corpos constituídos como sujeitos pelos efeitos de poder.” (FOUCAULT, 1979, p. 183).

Com base na obra de Foucault e na sua premissa de que o poder é que só funciona em cadeia, é fácil ver que os elementos de um processo não se restringem às partes e aos seus julgadores. Há uma grande rede de sujeitos que conduzem a história de um feito processual. Sendo assim, pretendo dividir este artigo da seguinte forma. Na primeira parte, discorrerei sobre a grande tese do escritório, na qual fui designada para atuar como estagiária; na segunda, sobre a minha iniciação no universo contencioso judicial, descrevendo a estrutura e funcionamento do escritório, mostrando as suas normas internas, seu aspecto físico, as suas cerimônias e etiquetas, as relações entre seus funcionários e suas diferenças hierárquicas. A terceira parte refere-se à luta pela tese. O eixo da descrição é a atuação dos estagiários e advogados na Justiça Federal (JF), Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF); a ênfase a prática estratégica utilizada pelo escritório para lograr êxito em suas ações judiciais. Abordarei temas como: as alianças formadas entre estagiários/advogados e os servidores públicos; a linguagem utilizada nos tribunais e a sua relevância; as relações de troca e o resultado de todo esse procedimento; os limites ultrapassados por essa prática, que muitas vezes desvaloriza o profissional, ora explorando-o, ora desmotivando-o. Por fim, nas conclusões, voltarei aos principais pontos abordados no decorrer do texto.

A grande tese

Conforme mencionado anteriormente, a experiência etnográfica gira em torno de um escritório de advocacia de grande porte, especializado em Direito Tributário, cuja sede funciona em São Paulo, há mais de 40 (quarenta) anos. Ele presta serviços de alto nível, tanto no plano consultivo com avaliação séria e minuciosa de riscos, quanto no contencioso com a realização de um trabalho pessoal e estratégico diferenciado de acompanhamento de processos. O próprio escritório gaba-se de atingir resultados com solidez e inovação¹. Trabalham na matriz aproximadamente 40 (quarenta) pessoas, sendo 16 (dezesesseis) advogados, e os demais divididos entre estagiários, administradores, secretárias, camareiras e motoristas. O seu patrono, cujo sobrenome nomeia a firma, é um homem altamente qualificado, internacionalmente reconhecido e premiado por suas teses tributárias criadas na década de 80, auge de grandes mudanças econômicas e

¹ Retirado do site do escritório, cujo endereço será preservado.

sócio-políticas ocorridas no Brasil. A “cúpula do escritório” é composta por 4 (quatro) advogados sócios: 2 (dois) homens e 2 (duas) mulheres.

A filial de Brasília, na qual estagiei, tem uma estrutura física e organizacional infinitamente menor que a matriz, que, vale dizer, funciona em uma grande casa antiga, muito bem localizada na capital paulista. Embora tenha o mesmo patrono e leve o mesmo nome, a filial tem apenas 1 (uma) sócia e está instalada em uma sala comercial de médio porte. A equipe é composta por 4 (quatro) advogados, 8 (oito) estagiários, além do administrador, 2 (duas) secretárias e 1 (um) motorista. Essa unidade foi criada há 8 (oito) anos, com o fito de proporcionar comunicação célere junto aos principais órgãos julgadores e tribunais superiores, além de desenvolver e manter alianças estratégicas com diversos escritórios de advocacia, inclusive no exterior².

Como é um escritório tributarista, a maioria de seus processos tem como oponentes entes públicos, como a Fazenda Nacional e a União. Essas causas têm valores muito altos. Além das teses tributárias, há uma outra conhecida como “a menina dos olhos do patrono”. Os clientes desta última são grandes usineiros, e as causas têm valores que passam de centenas de milhões. Para cuidar de tal tese, havia, além de 4 (quatro) advogados, 2 (dois) estagiários. Eu era um deles.

Trata-se de ações propostas com a finalidade de ver reconhecido o direito dessas usinas à indenização pelos danos patrimoniais que lhe foram causados, nos períodos que variam entre os anos de 1984/1987, 1987/1995 e 1995/1998, por atos do Poder Público. Estes atos fixaram os preços do setor sucroalcooleiro de forma ilegal e arbitrária, em patamares inferiores aos valores tecnicamente apurados pelo próprio Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA) e seus órgãos sucessores.

O cerne da questão legal reside na interpretação da Lei nº 4.870/65, cujo art. 10 determinava que os preços dos produtos sucroalcooleiros deveriam ser fixados, *tendo-se em vista a apuração dos custos de produção, verbis*:

“Art. 10 - O preço da tonelada de cana fornecida às usinas será fixado, para cada Estado, por ocasião do Plano de Safra, tendo-se em vista a apuração dos custos de produção referidos no artigo anterior.”

² Retirado do site do escritório, cujo endereço será preservado.

Estes custos foram apurados pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), que foi contratada pelo IAA a fim de desenvolver tal pesquisa nas regiões sul e sudeste, regiões de maior concentração da produção de cana e seus derivados. Na tese de defesa em favor das usinas, afirma-se que o significado da lei era pela inadmissão da fixação de preços abaixo dos custos (que eram apurados pelo IAA a partir de levantamentos técnicos da FGV). Ademais, alega-se que além da ilegalidade do ato estatal, por violação à Lei nº 4.870/65, é claro que, ainda que de ato lícito se tratasse, o direito à indenização decorreria do princípio da responsabilidade objetiva do Estado, para cuja aplicação é suficiente que da atuação estatal resulte dano especial e anormal para o particular.

“Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, 5 6º.” (Trecho retirado de uma das peças do escritório)

A maioria das ações acompanhadas pelo escritório foi ajuizada de 1999 a 2001. As questões de mérito chegaram aos Tribunais Superiores, e, atualmente, a jurisprudência do STF e STJ firmou-se no mesmo sentido: o ato estatal é ilegal e, ainda que não fosse, estão presentes os requisitos para aplicação da responsabilidade objetiva do Estado.

Em todos os casos a seguir, o Colendo Superior Tribunal de Justiça adentrou o mérito da questão para entender que houve fixação ilegal dos preços dos produtos do setor, sendo devida a indenização pleiteada. Nesse sentido, atestam os votos dos diversos membros da Segunda e Primeira Turma desta Corte:

“(…) Há abstração de tese jurídica, que pode ser resumida na seguinte questão: restam violados os arts. 9º, 10º e 11 da Lei 4.870/65 se a UNIÃO não repassou aos preços do setor sucroalcooleiro os custos calculados pela FGV - Fundação Getúlio Vargas, mesmo diante da previsão legal mencionada? ... Mesmo na intervenção estatal no Domínio Econômico deve-se observar o regramento mínimo pertinente ao Estado Democrático de Direito” (E. Ministra ELIANA CALMON, Relatora para o REspns. 703.617/PR e 675.273/PR- 2ª Turma).

“Quanto ao mérito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n.º 422.941/DF reformou acórdão desta Corte, concluindo que as empresas do setor sucroalcooleiras têm direito à indenização pelas diferenças entre o preço fixado pela União e aquele previsto nas pesquisas da FGV, contratada para o fim específico de levantar os valores dos custos de produção a serem repassados aos preços do setor, nos termos da Lei n.º 4.870/65. Portanto, com razão a recorrente” (voto-vista do E. Ministro CASTRO MEIRA, no REspn.º703.617/PR).

“(…) O preço da tonelada de cana fornecida às usinas deveria ser fixado com base na apuração dos custos de produção. O Instituto do Açúcar e do Alcool, todavia, contrariando o critério legal, fixou os preços dos produtos do setor sucroalcooleiro em níveis insuficientes para cobrir os custos de produção levantados pela Fundação Getúlio Vargas, gerando prejuízos para os integrantes daquele setor produtivo, resultando daí o dever de indenizar.” (E. Ministra DENISE ARRUDA, Relatora no RE-Sp n.º 845.424/DF - no mesmo sentido no Re-Sp n.º 880.267/DF e no REsp n.º 891.231/DF - 1ª Turma).

“Tenho posicionamento uniforme a respeito da matéria desde quando era juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª região, contrariando a tese defendida pela União. Tenho manifestado esse posicionamento em vários votos e, mesmo no período em que esta Turma não conhecia desses recursos especiais, ressaltava o meu ponto de vista, desenvolvendo todas as razões pelas quais entendia que a indenização era devida.” (E. Ministro JOSÉ DELGADO, acompanhando o voto da E. Relatora no REsp n.º 891.231/DF).

“O art. 9º da Lei 4.870/65 era claro ao determinar fosse considerado o custo de produção para a fixação dos preços. Contudo, ainda que a recorrida tivesse plena ciência da validade do critério adotado para apuração dos custos de produção, por intermédio do IAA, o Ministério da Fazenda acaba determinando a fixação dos preços em níveis abaixo do custo de produção (...)” (E. Ministro LUIZ FUX, Relator no REsp n.º 744.077/DF - 1ª Turma).

“(…) Os fatos mencionados indicam que os custos de produção apurados não foram levados em consideração, o que

configuraria violação à Lei n.º 4.870/65. Não se trata de vinculação única e exclusiva aos custos de produção. O que não se permite é o seu desprezo, pois a fixação aleatória de preços, sem base em parecer técnico ou justificativa dessa ordem, pois tal não atende ao mínimo de legalidade inerente aos atos administrativos (...)” (E. Ministro FRANCISCO FALCÃO, no RE-Sp n.º 744.077/DF. No mesmo sentido o REsp n.º 845.424/DF)

Como se vê, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, nas suas duas Turmas de Direito Público, já examinou a matéria, sendo sua posição atual uniforme no sentido da ilegalidade e arbitrariedade do referido ato estatal e, por conseguinte, pela procedência do direito à indenização. Hoje, muitos destes processos encontram-se em fase de execução, e as discussões maiores acerca da matéria referem-se à liquidez do título judicial. “Liquidação da sentença é o processo pelo qual se torna líquido o objeto ilíquido do pedido de condenação.”³ A União alega que o título judicial seria ilíquido, porquanto não realizada a sua prévia liquidação, com a juntada de demonstrações contábeis, notas fiscais etc. No entanto, o escritório defende as usinas alegando que a decisão a ser executada é um título líquido, vez que decorre de pedido específico de condenar a União em indenização cujos valores foram apurados em perícia. Além disso, alega que a interpretação lógica e razoável da decisão exequenda não exige expressa referência do quantum apurado em perícia, devendo-se sopesar o que está lá contido, sob pena conferir efeitos rescisórios à decisão em fase de execução, o que viola o princípio da fidelidade contido no art. 475-G (antigo art. 610) do Código de Processo Civil (CPC). Ademais, não seria possível rediscutir os critérios utilizados pelo perito para apuração do dano sem incorrer em patente violação ao artigo 471 do CPC. O tema ainda é controverso em todas as instâncias do judiciário.

A presente tese será para esta narrativa como um pano de fundo, por assim dizer. Embora ela seja o objeto das lides por mim acompanhadas no estágio, o seu percurso no judiciário consiste em uma sistemática diferenciada do escritório, bem como nos seus critérios de atuação, que transcendem a argumentação jurídica. Para que isso seja demonstrado, vale discorrer sobre a

³ *Comentários ao Código de Processo Civil - Tomo IX - arts. 566 a 611*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, PP. 381). No mesmo sentido, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga, Rafael Oliveira ensinam que a “(...) *liquidação de sentença é a atividade judicial cognitiva pela qual se busca complementar a norma jurídica individualizada estabelecida num título judicial*” (Curso de Direito Processual Civil - Volume 2,, Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, PP. 448).

minha iniciação como estagiária e as primeiras impressões sobre o novo ambiente de trabalho.

O escritório: o encontro com a austeridade

No início de 2008, ao ingressar no oitavo semestre do curso de Direito, fui informada por uma amiga sobre a disponibilidade de 2 (duas) vagas para estágio neste escritório, do qual eu nunca havia ouvido falar. Uma destas vagas seria desocupada por ela própria, que decidira sair, porque a excessiva carga horária estaria atrapalhando seus estudos. Antes de candidatar-me, soube que aquela firma de advocacia era famosa pelo seu grau extremo de exigência, por um sistema de trabalho, segundo um ex-estagiário conhecido, quase “desumano”.

Interessei-me pelo fato de ser uma firma de São Paulo. Enviei meu currículo e logo fui chamada para uma entrevista. Ao chegar à sala onde funciona o escritório, minha primeira impressão foi de estar em um lugar bastante formal, silencioso, requintado, sóbrio e muito bem decorado. O processo seletivo dividia-se em duas etapas: a primeira era uma entrevista escrita, onde o candidato, além de responder questões como “deseja prestar concurso público?”, “onde estudou?” e “o que você entende por acompanhamento processual?”, deveria discurrir, em 30 (trinta) linhas, sobre algum instituto jurídico, a seu critério. Escrevo sobre prequestionamento. Dias depois deste teste escrito, fui chamada para a segunda etapa da seleção: a entrevista pessoal, que consistia no “bate-papo” com uma advogada jovem e grávida. As perguntas foram informais e um tanto inusitadas. Ela indagou-me, por exemplo, se eu sabia lidar com mulheres histéricas. Embora tenha ficado surpresa e um pouco assustada, procurei responder com seriedade, de modo que ficasse claro que eu conseguira lidar com eventuais exaltações, desde que permanecessem na esfera profissional. O tom do nosso diálogo manteve-se descontraído e, curiosamente, comunicamo-nos “de igual para igual”. Talvez ela fosse nova demais para aquela posição, ou talvez eu não fosse tão nova para ser estagiária. O fato é que não notei, nela, uma postura de autoridade e, em contrapartida, demonstrei não estar intimidada diante daquela situação. Na semana seguinte, recebi, novamente, uma ligação da secretária, solicitando que fosse até o escritório. Dessa vez, conversei com dois advogados que deram, a mim e a outra candidata, a notícia de que tínhamos sido escolhidas para aquelas vagas, em razão do nosso bom desempenho nas redações e entre-

vistas. Os dois advogados também eram jovens e bastante descontraídos, o que me deixou à vontade e com a sensação de estar em um ambiente amistoso.

No meu primeiro dia de estágio, o escritório às 8h30 ainda estava vazio. Após observar o ambiente de trabalho, fui conduzida pela secretária para onde seria, a partir daquele momento, minha mesa, cadeira e computador. Recebi materiais como canetas, lápis e papéis. Fui levada aos outros cômodos do escritório, tais como a copa, secretaria e banheiros, e percebi, imediatamente, o grande desafio que esse trabalho representava. Tudo parecia impecável e em perfeita ordem. Nada tinha a ver com as repartições públicas nas quais eu havia trabalhado anteriormente. Dirigi-me até a copa, acompanhada pela funcionária, que, pode-se dizer, era uma espécie de governanta. Lá havia café e biscoitos disponíveis para todos. Pouco a pouco, os demais estagiários foram chegando. Mantive-me quieta, observando o entrosamento entre eles. Os estagiários eram, em sua maioria, rapazes com menos de 23 (vinte e três) anos, que, durante um prolongado café da manhã, falavam de assuntos superficiais e banais, demonstravam intimidade e grande descontração.

A nossa rotina básica dividia-se entre trabalhos internos, geralmente efetuados pela manhã, e trabalhos externos, feitos durante a tarde. O trabalho interno consistia na atualização das planilhas, envio de e-mails, elaboração de relatórios, bem como acompanhamento processual via internet ou telefone. Os trabalhos externos consistiam no acompanhamento processual *in loco*, e no atendimento de eventuais diligências.

Terminado o café da manhã, todos acomodaram-se em suas cadeiras, posicionadas diante de um balcão comum a três estagiários, onde ficavam os computadores. Permaneci no meu lugar por pouco mais de uma hora, até que começaram a chegar os advogados e o chefe do administrativo. Logo, as conversas entre estagiários cessaram, e em poucos minutos todos trabalhavam silenciosamente. Fomos, então, eu e a outra novata, convocadas para um treinamento, ministrado, na sala de reunião, pelo administrador, um rapaz ainda mais jovem que os advogados. Havia uma grande mesa e equipamentos modernos de som e imagem. Ele apresentou, apressadamente, os infinitos sistemas alimentados pelos estagiários no decorrer da semana. Eram softwares específicos, planilhas e arquivos de complexo manuseio. As planilhas Excel, por exemplo, eram bastante extensas e continham detalhes importantes sobre tal ou qual causa e cliente. O

objetivo das planilhas era, sempre, o maior controle possível da situação de cada processo. Elas eram organizadas de acordo com as teses e os Tribunais de atuação e deveriam ser alimentadas, atualizadas semanalmente pelos estagiários e advogados responsáveis. A tarefa nos demandava bastante tempo e acabava por prejudicar a enorme quantidade de outras tarefas que precisávamos executar — as quais descreverei mais oportunamente.

Na planilha pela qual eu era responsável, havia 230 (duzentos e trinta) processos. Constava sobre cada um: o nome do cliente, a localização da cópia do processo no arquivo do escritório, o nome do magistrado relator, todo o histórico processual, os resultados dos julgamentos, o último andamento, o último acompanhamento *in loco*, o advogado responsável, o valor da indenização e as providências pendentes. Cada movimentação processual de maior relevância, como inclusão na pauta de julgamento, trânsito em julgado, recurso interposto pela outra parte, deveria ser comunicada via e-mail aos advogados responsáveis pela tese e, muitas vezes, a todos do escritório. No meu caso, além da planilha Excel, havia outros 2 (dois) documentos a serem atualizados e alimentados. Um deles era uma planilha com todos os prazos de recursos; e o outro, chamado de Panorama, discriminava as causas mais importantes de forma detalhada, acompanhadas de suas respectivas estratégias de atuação. Havia, também, o *time sheet*, onde registrávamos o tempo gasto com cada caso, para fins de cobrança do cliente.

Não obstante o treinamento dado pelo administrador, cada estagiário poderia criar o seu método de trabalho, desde que as regras internas fossem respeitadas. Fomos, também, informadas de questões burocráticas, tais quais: o valor da bolsa, que era bem alto em relação às bolsas pagas pelo mercado, e os benefícios oferecidos aos estagiários, como motorista que os levaria aos Tribunais, utilização de taxi, quando necessário, vale refeição e uma porcentagem dos lucros do escritório, que nos seria paga semestralmente, de acordo com a nota da nossa avaliação. Uma hora mais tarde, encerrado o treinamento, era possível perceber uma agitação maior na área de trabalho.

12 (doze) pessoas compartilhavam o mesmo espaço físico. Não havia portas, somente divisórias de vidro, de modo que todos pudessem observar e ser constantemente observados. Advogados e estagiários estavam desconfortavelmente concentrados em suas atividades e pareciam não se abalar com a presença de 2 (duas) pessoas novas. Fomos anunciadas e coletivamente apresentadas. No

entanto, não houve quem se levantasse ou estendesse a mão. Aliás, alguns sequer nos olharam. A descontração inicial tinha sido substituída por um clima de tensão, pressa e concentração.

Sentei-me em meu lugar e ainda não podia iniciar meus trabalhos, pois, para tanto, precisava da senha de acesso ao sistema, que seria providenciada pelo setor administrativo do escritório de São Paulo, e levaria alguns dias. Logo, o estagiário que sentava ao meu lado prontificou-se em informar-me que eu trabalharia nos processos do setor sucroalcooleiro, a chamada “Defasagem”, juntamente com ele; e, que, a partir do dia seguinte, se “o clima estivesse tranquilo”, nós iríamos aos Tribunais para que eu fosse apresentada àquela rotina. Naquela ocasião, a chance de o “clima” melhorar era remota, vez que, no dia seguinte, a advogada sócia viria de São Paulo. Soube que suas visitas costumavam ser bastante estressantes, o que explicava toda aquela apreensão. Segundo outro estagiário, havia um temor coletivo quanto à chegada dos advogados sócios, especialmente do patrono, que, aliás, visitava Brasília raríssimas vezes. O temor existia também nos advogados, que usavam um termo interessante para descrever as broncas dadas pelos superiores: eram as famosas “escovadas”.

Cada um dos 8 (oito) estagiários tinha uma área de atuação definida, dividida, na maioria das vezes, entre os processos e seus respectivos Tribunais. Havia um estagiário responsável pelo STJ, outro pelo STF, outro pelo TRF 1ª Região. Além disso, havia um estagiário, preferencialmente do sexo feminino, responsável pelo Conselho dos Contribuintes e um estagiário que atuava somente nas execuções que tramitavam na Justiça Federal.

Rapidamente fui contagiada por toda aquela adrenalina. Ao meio dia, a correria intensificou-se, e apenas o estagiário mais antigo retirou-se para o almoço. Embora aquele fosse o momento reservado para fazermos nossa refeição — o que, teoricamente, deveria acontecer fora do escritório —, a maioria permaneceu trabalhando. Sentei-me junto aos outros estagiários e a um dos advogados, à mesa da sala de reunião. A televisão estava ligada, e a atmosfera descontraída voltou a prevalecer. Notei que as mulheres do escritório, secretárias e estagiárias, almoçavam na copa; e, que a minha presença gerou certo desconforto. Houve quem protestasse, alegando que “lugar de mulher é na cozinha”. Achei graça e continuei onde estava. Após o almoço relâmpago, o clima de tensão restabeleceu-se, e muitos estagiários seguiram com o motorista para os Tribunais. Per-

maneci em frente ao computador até o fim do dia, quando aqueles que haviam saído começavam a retornar. Evitei reportar-me somente ao estagiário colega de tese e procurava comunicar-me com todos, especialmente com os advogados. Encontrei nessa atitude uma maneira de ter contato direto com meus superiores e não me tornar dependente da ajuda de ninguém.

Embora não tenha trabalhado, saí do escritório às 19h absolutamente exausta. No dia seguinte, retornei às 8h30 e soube que a minha colega nova-ta havia desistido do estágio. Soube, também, que esse era um acontecimento corriqueiro no escritório, cuja rotatividade de estagiários era muito grande, o que confirmava a sua má fama, conquistada pela grande quantidade de trabalho, ambiente hostil e chefes “carrascos”. Já aconteceu do estagiário vir de manhã e não voltar do almoço. Passadas algumas semanas, muitas das minhas impressões modificaram-se.

1.1.1 As regras internas

“Eis aí um dos pontos fundamentais ao mesmo tempo da vida social e da vida da consciência individual: o símbolo - gênio evocado - tem sua vida própria, ele age e se reproduz indefinidamente.” (MAUSS, 2003, p. 332).

Na advocacia, o uso da etiqueta e dos símbolos é essencial para a sua prática, especialmente no que diz respeito à delimitação do poder e da hierarquia. No decorrer desta pesquisa, pude observar que uma estrutura hierárquica é definida de diversas formas, podendo ser formalizada ou, conforme acontecia no escritório, definida de forma tácita, subliminar, por assim dizer. O ponto em comum é que, independentemente do critério utilizado para determinar a hierarquia daquele ambiente, ela seria, de algum modo, reafirmada por pequenos atos, pelas atitudes mais mezinhas e por outros aspectos, como a distribuição física do recinto.

As normas internas do escritório não estão pré-estabelecidas em um documento formal. Elas são criadas, modificadas e reiteradas no dia a dia. Além disso, pode-se dizer que tais regras possuem finalidades distintas e não subsistem somente com o fito de manter uma ordem reguladora e punitiva. No escritório, ora elas serviam para avaliar a competência dos funcionários e seu grau de

dedicação, ora funcionavam como meio de criar as distinções necessárias para definir as posições hierárquicas existentes naquela estrutura.

As normas não se aplicavam da mesma forma a todos. Elas adaptavam-se às necessidades surgidas naquela rotina, bem como à realidade de cada funcionário. Como exemplo disso, os funcionários do administrativo, os estagiários e os advogados tinham horários distintos de expediente. O horário dos estagiários era das 8h30 às 18h30. Os funcionários do administrativo chegavam às 8h e saíam às 18h30. Os três advogados costumavam chegar entre 9h30 e 10h e não tinham hora para sair. Só havia folha de ponto para o setor administrativo.

O cumprimento ou não dessas regras era observado não somente por aqueles imediatamente superiores, mas, também, por todas as esferas hierárquicas ali existentes. Explico: os horários dos advogados eram “controlados” pelos advogados e funcionários da matriz de São Paulo, que eventualmente ligavam para Brasília e constataavam quem havia ou não chegado. De modo sutil, essa atribuição demonstra que o escritório paulistano possuía maiores prerrogativas em relação ao escritório brasiliense. Entretanto, esse papel poderia ser desempenhado pela secretária da própria filial, que funcionava como uma espécie de informante, caso algum sócio procurasse saber acerca da pontualidade de todos. O mesmo acontecia com os estagiários. Nossos horários eram “vigiados” pela secretária, e somente os advogados tinham autoridade para flexibilizá-los. Havia uma tolerância de 15min de atraso e, embora não houvesse punição imediata, já que não havia controle de ponto, o atraso seria considerado na nossa avaliação semestral, e, caso fosse algo frequente, o estagiário seria “desligado”.

Sobre esse tema, observa-se um aspecto interessante a respeito da finalidade da norma, mencionada anteriormente. Aqui, ela assume um caráter facultativo, podendo ser cumprida ou não, de acordo com o interesse e conveniência de cada um. Por exemplo, aquele que pretendesse ser contratado ou ser bem avaliado não deveria ater-se aos horários fixos de entrada e saída. Prevalencia no escritório o pensamento de que quem cumpria rigorosamente os horários era considerado “estagiário padrão”, “funcionário público”, alguém que deixava coisas por fazer e saía pontualmente para almoçar em casa. Por essa razão, sentia-me constrangida de sair no horário e optava por almoçar por lá mesmo.

O discurso do escritório era sempre voltado para a contratação, embora todos trabalhassem com a premissa de que os “estagiários jamais seriam contra-

tados depois de formados” — o que ocorreu somente uma vez na filial de Brasília. A despeito disso, a máxima que imperava era: “Se você mostrar interesse, terá grandes chances de ser contratado. Só depende de você!”. Dessa forma, pretendia-se alcançar uma dedicação maior dos estagiários, movidos por esse espírito de competição, seja porque almejavam a contratação, seja porque queriam ser bem avaliados e receber um bom percentual dos lucros.

Note-se, novamente, que o não cumprimento da regra era o ideal estabelecido pelo escritório, vale dizer, para o seu exclusivo benefício. O estagiário digno de destaque era aquele que chegava no horário e sempre ficava além do expediente, sacrificando seu tempo de almoço ou, inclusive, seu horário de aula. Em contrapartida, aqueles estagiários tidos como “funcionários públicos” acreditavam não valer à pena sacrificar tanto tempo em prol do escritório. Logo quando cheguei, o único que cumpria horários era justamente o mais antigo, que, após dois anos de estágio, havia concluído que o sacrifício fora transformado em obrigação. Certa feita, permaneci trabalhando depois do expediente e ouvi dele o seguinte conselho: “não fique fazendo hora extra, porque no dia que você for embora no horário regular ‘eles’ (os advogados) não vão gostar. Quando eu comecei, era assim. Perdia aula, vivia reprovando. Mas depois que a minha dedicação perdeu o valor, decidi pensar primeiro em mim.”

Além dos horários, havia outras regras que criavam distinções entre os funcionários e, dessa forma, acabavam por definir o lugar de cada um naquela estrutura hierárquica. Explico. Nós, estagiários, deveríamos lavar toda a louça que usássemos. A funcionária lavaria somente os pratos e os talheres que fossem usados pelos advogados. Todos os dias essa funcionária servia a cada advogado, em suas respectivas mesas, uma xícara de café e um copo de água. O copo era de vidro e a xícara de louça. Estagiários bebiam tanto água quanto café em copos de plástico e jamais eram servidos. Tínhamos que nos deslocar até a copa, onde havia um balcão com 3 (três) bancos, geladeira e micro-ondas. Era terminantemente proibido comer na área de trabalho. Curiosamente, na primeira visita de sócio, vindo de São Paulo, percebi que, além da regalia de serem servidos pela funcionária, os copos que eles usavam eram de cristal e não, de vidro. Oportunamente, perguntei qual a razão da diferença. Segundo a funcionária, os copos de cristal são muito caros e, como os sócios vêm à Brasília por poucos dias, haveria um risco menor de quebrá-los. A justificativa apresenta uma racionalização secundária de uma necessidade mais profunda: a necessidade de criar diferenças, a

partir das quais os sujeitos daquele contexto possam se relacionar. A necessidade de criar diferenças contamina vários outros aspectos das relações entre advogados, estagiários e demais funcionários. Voltarei ao assunto mais adiante.

Tínhamos hora pré-definida de saída e de chegada dos Tribunais. No caso, eram duas por dia. Uma às 13h30 e outra às 15h. Saídas pela manhã deveriam ser autorizadas por um dos advogados. Os advogados, por sua vez, podiam chamar o motorista a qualquer momento, exceto quando houvesse algum sócio em Brasília, ocasião em que todos deveriam usar taxis ou seus carros. Não era dada aos estagiários a regalia de utilizar o automóvel do escritório com o ar condicionado ligado.

Embora não fosse algo declarado, pode-se dizer que havia uma hierarquia entre os estagiários, e ela era determinada por antiguidade ou por competência. O estagiário mais antigo tinha o “dever” de orientar os mais novos. Mas isso não era uma determinação expressa e dependia muito mais da iniciativa de cada um, que seria considerada na avaliação semestral. O estagiário que me orientava era o mais antigo. Entretanto, estava hierarquicamente abaixo de outro estagiário que, embora não estivesse ali há mais tempo, era o que tinha mais chances de conseguir uma contratação depois de formado e, por essa razão, exigia-se que ele exercesse certa liderança perante aos demais estagiários e aos funcionários da secretaria. Era ele quem nos chamava a atenção quanto aos horários e, muitas vezes, quanto aos nossos trabalhos. Meses depois da minha entrada, sua contratação foi efetivada, e essa transição de estagiário para advogado júnior acarretou uma mudança brusca em seu comportamento e na sua postura. Acompanhei de perto esse processo e posso dizer que tratá-lo como chefe foi um tanto quanto difícil para os estagiários que o conheceram antes de ele ser promovido. Com o tempo percebi que esse fenômeno não dizia respeito à sua personalidade, e, certamente, aconteceria o mesmo com qualquer outro estagiário que fosse contratado.

“(...) Era perigoso comportar-se de modo hostil em relação a alguém cuja trajetória na corte estivesse em ascensão. Não menos perigoso era ser abertamente amistoso em relação a alguém em queda dentro da hierarquia; isso só teria sentido se visasse um propósito determinado.” (ELIAS, 2001, p. 108).

Havia, também, no escritório, o que chamarei de conflito entre estagiários e funcionários da área administrativa pelo reconhecimento da sua respectiva precedência hierárquica. Em tese, a função do administrativo era propiciar a advogados e estagiários as melhores condições para que todos pudéssemos tra-

balhar com a maior celeridade possível. Havia uma série de procedimentos que envolviam a participação das duas áreas, como, por exemplo, o arquivamento de documentos. Todas as petições protocoladas eram digitalizadas pela secretária e lançadas pelo estagiário no sistema de arquivo digital. A cópia da petição era, então, devolvida à secretaria, que conferia sua digitalização e a enviava para São Paulo. Era, também, a secretaria que nos fornecia os *vouchers* para pagamento de táxi. Embora tais tarefas pareçam simples, muitas vezes o setor administrativo, ao executá-las, cumpria o papel de fiscal dos estagiários. Não raro, essa fiscalização gerava mal-estar, pois os estagiários, em sua maioria, não aceitavam ser subordinados aos funcionários do administrativo, por considerarem nossa função superior e mais importante para o funcionamento do escritório.

As relações entre advogados e estagiários, sócios e advogados também merecem análise. Em pouco tempo, entendi a pergunta feita pela advogada no dia da minha entrevista e tive que reconhecer a sua pertinência. Saber lidar com mulheres históricas era, de fato, fundamental para prosseguir naquele estágio. Certa feita, presenciei a seguinte situação: essa mesma advogada chega ao escritório aos prantos, após constatar que havia perdido o prazo para o ajuizamento de 5 (cinco) ações, e a culpa pelo ocorrido teria sido atribuída ao seu estagiário. Este retornou da Justiça ao som dos berros daquela e chegou a ser verbalmente agredido. Tudo isso foi relatado pelo motorista, que era nossa fonte mais segura de informações. O estagiário foi despedido naquele mesmo dia, deixando o alerta para os que ficaram: a corda sempre arrebenta do lado mais fraco.

A linguagem ríspida e seca imperava naquele ambiente, configurando o que eu chamava de grosseria em cadeia. Os clientes eram ríspidos com os sócios, que eram ríspidos com o escritório inteiro, inclusive com os advogados, que, por sua vez, eram grosseiros com seus estagiários. A nós, restava descontar na família e nas pessoas mais próximas. Cheguei a acreditar que ser grosseiro é pré-requisito para ser bom advogado.

As agressões contaminavam as atitudes e as práticas mais banais. Por exemplo. Os estagiários usavam obrigatoriamente terno, e as estagiárias eram orientadas a evitar cores e roupas extravagantes. No entanto, estar extremamente bem vestida nem sempre era um ponto positivo para uma estagiária. Certa feita, uma advogada comentou que deveria renovar seu guarda-roupa, pois “daqui a pouco vão confundir estagiárias com advogadas”. Testemunhei, em outra oportu-

tunidade, um ataque de raiva de uma advogada que foi acusada pela sócia de ser responsável pelo fato de uma juíza, sob a égide de seu poder discricionário, não ter assinado a requisição do precatório de um cliente nosso, antes de sair de férias. O acesso aconteceu no meio da Justiça Federal, e a advogada só não destruiu seu celular, pisoteando-o, porque eu a impedi.

Outro aspecto curioso diz respeito à subordinação dos advogados frente aos magistrados. Chegava a assustar a postura tomada pelos nossos “carrascos” diante de autoridades públicas, como juízes, desembargadores ou Ministros.

“Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.” (Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994)

A despeito do que prevê o estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), testemunhei, algumas vezes, a subordinação com a qual os advogados reportavam-se aos magistrados. Aqueles que, minutos antes, esbravejavam com seus funcionários no escritório agiam de forma absolutamente educada e simpática diante dos representantes da lei e dos seus serventuários. Acompanhei por vezes meus chefes advogados em audiências com juízes, e era nítida a transformação do seu comportamento. Suas vozes tornavam-se mais suaves, eram sempre simpáticos, sorridentes, compreensivos diante de uma negativa e mantinham uma postura humilde e educada, usando sempre pronomes de tratamento, tais como Vossa Excelência, Senhor Ministro etc.

1.1.2 Espaço Físico

Além dos copos, havia grandes diferença na disposição física do escritório, que pode ser considerada como mais uma maneira tácita de se definir os papéis hierárquicos representados por cada funcionário. Um bom exemplo é a mesa de trabalho. Quanto maior a mesa, maior a posição hierárquica.

“Ao descrever o pátio apropriado para um grande hotel, a Enciclopédia diz: trata-se de planejar um pátio “que indique por seu aspecto a posição do personagem que deverá habitá-lo.” É

preciso ter em mente essa maneira de compreender o pátio de entrada quando se faz o caminho de Versailles. Um pátio imenso não era suficiente para expressar distinção e o nível do rei” (ELIAS, 2001, p.99).

A etiqueta criada pelo Rei Sol na França do século XVII tornou-se modelo para as monarquias posteriores. Embora o escritório não seja propriamente uma corte, e seu chefe não tenha o poder absoluto do Rei, a utilização das cerimônias e etiquetas para reafirmar o poder daquele monarca pode ser, de forma análoga, observada ainda hoje nas diversas relações de poder encontradas no universo da advocacia. O mesmo acontece com a arquitetura que, à época, era a representação da autoridade exercida pelo Chefe de Estado. Não é de se estranhar portanto que seus palácios fossem monumentais.

A disposição das mesas, bem como a possibilidade de inscrever, naquele espaço, algo de pessoal, denotava o grau de transitoriedade do cargo de quem as ocupa. Assim, enquanto os estagiários dividiam uma impressora e um balcão de fórmica com 3 (três) cadeiras posicionadas em frente aos seus respectivos computadores, onde não eram permitidos lembretes colados nem porta-retratos, os advogados sênior possuíam cada um sua sala com divisória de vidro e uma enorme escrivaninha, também de fórmica, posicionada ao lado do móvel que suportava o computador. Além disso, cada um tinha sua própria impressora. Alguns mantinham livros em suas mesas, outros tinham fotografias, tudo a seu critério. “A dimensão da soberania do rei se consuma na disposição funcional de sua casa.” (ELIAS, 2001, p. 100).

A segunda maior sala era da sócia. Sua mesa, além de grande, era de granito. Nas paredes havia quadros com seus diploma, título de mestrado e pós-graduação. Havia também uma estante com inúmeros livros que poderiam ser consultados por todos. As divisórias também eram de vidro e havia uma mesa redonda para eventuais reuniões. Em particular, intrigava-me a sala do patrono do escritório. Perguntava-me porque, enquanto nos apertávamos dividindo o mesmo espaço, não se podia utilizar aquela enorme sala vazia, com jogo de sofá, mesa de reunião, larga estante com diversos livros, além de uma enorme mesa de granito equipada com computador e impressora. O curioso é que esse gabinete era mantido fechado. Vi-o utilizado menos de 10 (dez) vezes em um ano e meio de estágio.

“De certa maneira, o rei era tanto dono da casa no país inteiro quanto dono do país mesmo em seu aparentemente mais

reservado. A disposição do quarto de dormir do rei - que não era só de dormir - tem estreita relação com esse estado de coisas. O seu quarto era reconhecidamente o palco de um ritual peculiar, quase tão solene quanto uma cerimônia oficial. Nele torna-se visível, imediatamente, o quanto as funções do soberano como senhor da casa e como rei estavam fundidas uma na outra.” (ELIAS, 2001, p.100).

Note-se que a função da sala do patrono ia muito além de receber o dono do escritório. Era unânime entre estagiários e funcionários a ideia de que aquela sala era mantida, para que ninguém pudesse esquecer que estávamos ali trabalhando para ele, por ele e por causa dele. Além disso, criava-se, dessa forma, a sensação, um tanto infantil, reconheça-se, da onipresença, onisciência e onipotência do dono diante de tudo que era feito pelos advogados, estagiários e funcionários.

1.1.3 As Cerimônias

“As cerimônias do quarto de Luís XIV são citadas com bastante frequência. Mas não basta enxergá-las como mera curiosidade, como peça empoeirada de museu histórico em que o observador se surpreende apenas com o estranho e o exótico. (...) Assim como exemplo da estrutura e elaboração da vida de corte, descreveremos aqui uma das cerimônias que tinham lugar no quarto do rei. Ela põe em evidência tanto sua importância, em sentido mais restrito, quanto o seu tipo de dominação, em sentido mais amplo, e isso minuciosamente, como seria o caso hoje em dia ao descrevermos o processo de produção em uma fábrica, ou os trâmites em um escritório, ou os rituais da realeza de uma tribo. Essa cerimônia é o lever do rei, seu despertar.” (ELIAS, 2001, p.100).

O dono do escritório era temido por todos: funcionários, advogados e estagiários, embora estes últimos nunca tivessem qualquer contato com ele além de um eventual aperto de mão. Tamanho temor decorria dos relatos feitos pelos próprios advogados sobre os encontros e as reuniões com o patrono. Criou-se um mito sobre a sua figura, com direito a verdadeiras lendas acerca de seu per-

sonagem. Meu primeiro contato com o patrono foi considerado pelos outros estagiários como prematuro. Segundo o grupo, tive a “sorte” de tê-lo conhecido em poucas semanas de estágio, vez que, conforme dito anteriormente, suas “aparições” eram bastante raras. Mas antes de descrever a sua cerimônia de chegada, vale discorrer sobre um episódio anterior.

Como disse anteriormente, o meu primeiro dia de estágio era a véspera da chegada de uma sócia de São Paulo, que também chefiava o escritório de Brasília. Embora todos estivessem tensos, não tive tempo para apurar o porquê. Soube, somente, que se tratava de uma pessoa exigente, que cobraria determinadas providências, e essa seria a razão para toda aquela apreensão. A sócia chegou ao aeroporto às 11hs e foi levada pelo motorista diretamente para o escritório. Enquanto isso, sua chegada era “narrada” pelo próprio motorista via mensagem telefônica e, muitas vezes, era ele quem nos orientava a respeito do seu humor naquele dia. Ao entrar no escritório, aquela mulher, com pouco mais de 40 (quarenta) anos, extremamente elegante, deu um seco e apressado bom dia a todos e seguiu em passos velozes até a sua sala, cujas paredes também eram de vidro. Podíamos vê-la o tempo todo.

Era terminantemente proibido fumar nas salas daquele prédio, no entanto, ela o fazia compulsivamente. Entre um telefonema e outro, eram convocados à sua sala, ora um dos advogados, ora as secretárias, que atendiam imediatamente às suas ordens. Todos ficavam quietos, e qualquer tarefa era deixada de lado diante de uma convocação. Seu raciocínio era rápido, e havia certa agressividade em sua voz e em seu olhar.

No decorrer do dia, não houve quem se dispusesse a nos apresentar, o que me causou estranheza, vez que eu seria a estagiária responsável por uma das teses mais importantes, da qual ela cuidava pessoalmente, e, por isso, trabalharíamos diretamente juntas. Movida por esse ímpeto, dirigi-me à sua sala e tratei de apresentar-me. O seu poder e postura naquele contexto fizeram-me admirá-la de imediato, e talvez por isso eu tenha me sentido no dever de proceder dessa maneira ousada, por assim dizer. Pedi licença para entrar e, com o seu consentimento, aproximei-me de sua mesa e agradei pela oportunidade, afinal a última palavra sobre minha contratação, e de todas as outras, era dada por ela. Disse estar disposta a corresponder às expectativas do escritório. Ela olhou-me com surpresa e, por um momento, sua expressão tornou-se amistosa e quase

maternal. Respondeu com seu sotaque paulistano que eu era bem-vinda e que o escritório apostava em mim.

Saí da sala satisfeita com a minha atitude e com a sua receptividade, mas logo fui surpreendida pela reação dos demais estagiários, que me olhavam, assustados, sem acreditar no tamanho da minha audácia. Ao sentar-me em meu lugar, o estagiário mais antigo alertou-me para que eu me cuidasse, pois, por sorte, naquele dia, ela estava de bom humor e, por isso, não havia berrado comigo. Ela detestava ser interrompida. No decorrer do tempo, constatei que esse estagiário tinha razão, e, após presenciar inúmeras grosserias da sócia, percebi o risco que corri. Em contrapartida, quando da visita do patrono, tive tempo de ser preparada para o ritual que o recebia. O patrono viajava de São Paulo para Brasília em um jato particular com o fito de, na maioria das vezes, assistir a julgamentos importantes ou, para comparecer à audiência agendada com algum Ministro dos Tribunais Superiores. Dizia-se que ele era milionário, vivia em Paris, estava no terceiro casamento, era absolutamente educado, porém, capaz de humilhar quem fosse sem sequer alterar seu tom de voz. Abordá-lo da forma que fiz com a sócia era praticamente suicídio.

Interessante notar que a preparação consistia, na sua maior parte, em ouvir as narrativas que os outros estagiários e advogados faziam sobre o patrono. Algumas delas versavam sobre as gafes. Certa feita, dizia-se, uma estagiária distraída assustou-se ao perceber que o patrono havia chegado. Ao levantar-se apressadamente para cumprimentá-lo, atrapalhou-se e derrubou tudo que havia na bancada. Em outra ocasião, o patrono estava em reunião com um advogado, e um dos temas referia-se aos relatórios dos estagiários sobre a situação de alguns processos, que fariam parte das estatísticas do escritório. Apesar da urgência, a tarefa ainda não havia sido concluída. O advogado, para safar-se, disse que o trabalho estava pronto e logo apresentaria os resultados. Naquele momento, um estagiário novato interrompeu a reunião e entregou, com atraso, um desses relatórios. O estagiário ainda desculpou-se, na presença do patrono, afirmando que entregaria o restante no dia seguinte. Segundo o advogado, depois disso, seu rendimento mensal foi diminuído. Outras narrativas criavam no patrono um personagem com ares de mitologia moderna. Um exemplo era o que se dizia sobre o tempo de duração de seu olhar. Segundo o grupo, caso passasse de dez segundos, o olhar significaria que aquela pessoa teria ganho mais credibilidade. Orientaram-me, também, para que usasse meias-calças pretas no dia de sua visita. Dizia-se que ele as considerava elegantes.

Os depoimentos mais concisos eram, de todo jeito, os dos próprios advogados, que brincavam dizendo que “o velho, a cada visita, roubava as nossas almas.” Diante de todos esses relatos, no dia de sua chegada, eu estava contaminada pelo medo e me sentia ansiosa para conhecer o que, àquela altura, já considerava uma verdadeira entidade.

(...) a etiqueta ainda não é o *perpetuum mobile* que ninguém mais controla; um objetivo bem definido liga-se a ela claramente, do ponto de vista do rei. Ele não se atem unicamente à ordem hierárquica tradicional. A etiqueta apresenta certa margem de manobra de que ele se serve, segundo lhe convém, para determinar o grau de prestígio das pessoas na corte; e isso mesmo em assuntos de pouca importância. (ELIAS, 2001, p. 106).

A chegada do patrono era precedida pela chegada do sócio ou advogado que o acompanhava. Ele nunca estava sozinho. Assim, quando a porta principal do escritório se abriu, primeiro entrou a sua comitiva, e nós, atentos, esperávamos a sua aparição. Ele não era tão idoso como diziam. Tratava-se de um homem de 60 (sessenta) anos, forte, careca, de barba feita e muito bem vestido. O patrono entrou no nosso ambiente de trabalho, e todos se levantaram para receber seus peculiares cumprimentos. Diferentemente dos outros sócios, ele apertava firme a mão de um por um, estagiários e advogados, olhava nos olhos de todos e sorria ao dar cordiais saudações. Essa atitude contrariava tudo o que diziam a seu respeito e dava a impressão de estarmos trabalhando para um homem “humanista”, por assim dizer. “O rei utiliza a psicologia que corresponde à estrutura hierárquica e aristocrática da sociedade” (ELIAS 2001, p. 106-7).

Certa feita, em uma dessas visitas, ao levantar-me para cumprimentá-lo com o tradicional aperto de mão, o patrono quebrou o protocolo e me cumprimentou com dois beijinhos nas faces, o que gerou verdadeiro furor entre os demais colegas. Todos diziam que esse era o sinal de que eu estava fazendo um bom trabalho, e essa era a sua forma de reconhecê-lo. Embora tal ato tenha sido absolutamente respeitoso e tenha me deixado orgulhosa, senti-me, ao mesmo tempo, envergonhada e incomodada com aquela proximidade. Naquele momento, percebi o quão confortável era a distância que havia entre nós. O medo e respeito que eu tinha pelo patrono eram, de certo modo, uma maneira de manter a qualidade do meu trabalho e a garantia de que eu não seria ainda mais cobrada. Algo semelhante acontecia com a advogada sócia: a distância evitava que o grau de exigência aumentasse.

Note-se que esses mecanismos de trabalho e de funcionamento do escritório são necessários para o bom andamento da grande tese, embora não tratem diretamente dela. Aspectos sociológicos, antropológicos e até psicológicos são imprescindíveis para que a tese obtenha êxito nos tribunais. A qualidade técnico-jurídica é convalidada pela atuação do advogado/estagiário responsável, cuja desenvoltura, postura, linguagem e aparência são componentes imprescindíveis na luta em busca do êxito processual pretendido.

A luta pela tese

No contexto descrito anteriormente, executei durante 15 (quinze) meses um acompanhamento processual minucioso no qual pude perceber que a advocacia, na prática, é feita de atos jurídicos e não jurídicos; e, que estes atos vão muito além do cumprimento e da aplicação de normas. O dia a dia da atividade jurídica contenciosa é feito da observância e da não observância dos ritos processuais previstos no código de Processo Civil e nos regimentos internos dos tribunais. Além disso, muitas vezes as discussões que permeiam uma ação judicial nada dizem acerca de questões jurídicas ou do mérito da tese. O grande desafio na defesa da tese pela qual eu era responsável consistia em questões processuais, ou seja, no caminho que seria percorrido por cada processo. O procedimento chave dessa estratégia reside na antecipação de resultados. Explico. Antecipar resultados significa ganhar tempo. E, tendo em vista que os advogados que atuam no contencioso judicial estão sempre submetidos a um prazo, ganhar tempo significa tomar decisões mais precisas para melhor conduzir um processo.

Apreendi, na faculdade, que o processo segue um percurso predeterminado de acordo com as possibilidades previstas nas leis processuais. Muitas vezes, contra uma decisão podem ser interpostos diversos recursos, nos termos do CPC. O procedimento é uno e formal, e os caminhos a serem tomados em uma ação judicial são aqueles que a lei determina. Através desse estágio compreendi o que só a prática pode ensinar: é a própria lei e seus procedimentos que permitem que o processo seja conduzido e induzido pelas partes, de modo a atingir o resultado pretendido. Em outras palavras, assim como acontece com os estagiários do escritório, o bom advogado é aquele que muitas vezes dribla, por assim dizer, os caminhos formais mais longos, fazendo com que o processo tramite com maior celeridade. A estratégia utilizada por grandes escritórios de advoca-

cia, incluindo o que eu estagiei, consistia, em suma, em um verdadeiro trabalho de investigação, onde por vezes o objetivo era obter junto ao Tribunal o máximo de informações acerca de tudo que envolve o processo, mesmo que, para tanto, fosse necessário cometer atos fora da formalidade que impera nesses ambientes.

Outra coisa que não me foi ensinada durante o curso de direito diz respeito ao julgamento de uma causa. O leigo tende a pensar que o processo que busca o reconhecimento do seu direito será julgado com base nas suas razões não só jurídicas, mas, sobretudo, pelas razões emocionais, financeiras e afetivas. É comum ouvirmos e até dizermos “que é preciso fazer justiça”, que “a justiça não funciona, pois se funcionasse o juiz teria me dado razão” ou coisas como “se eu contar para o juiz a minha história ele vai me entender e vai ver que o outro é quem está errado”. Ocorre que, como se diz nos Tribunais, “o juiz não julga o direito, julga o processo”. E o resultado é o contrário do que imagina o senso comum. Um bom exemplo é o que ocorre no STJ. A enorme quantidade de recursos para julgar faz com o que tribunal tenha uma postura defensiva. Assim, todos os processos são analisados preliminarmente para verificar se eles cumprem os requisitos de admissibilidade próprios daquele tipo de ação. Neste caso, aplicam-se as súmulas do Tribunal que consolidam o entendimento firmado pela corte; mas a aplicação das súmulas, em boa parte dos casos, permite que se negue provimento ao recurso sem que o tribunal tenha de analisar o mérito. Isso torna a jurisdição mais célere. Com efeito, muitos dos debates por mim presenciados nos autos dos processos, bem como nos julgamentos nos Tribunais, raríssimas vezes diziam respeito à história das partes. A discussão permanecia, na maior parte das vezes, como o pano de fundo das discussões que afetavam o andamento do processo. A luta pela tese consistia em induzir o tribunal a dar ao processo o caminho processual mais curto ou mais longo, a depender da situação, dos interesses do escritório e das partes.

Para explicar esse fenômeno é preciso analisar cuidadosamente a atuação dos grandes escritórios nos Tribunais, principalmente a prática contenciosa não prevista na norma. Muitas vezes, esta prática é, de certa forma, feita da não observância do rito processual.

Ele (o rei) utiliza a competição dos cortesãos por prestígio e por favorecimentos para alterar a posição e o prestígio de um indivíduo dentro da sociedade, por meio do grau exato

do favor concedido, de acordo com seus objetivos, deslocando segundo sua necessidade as tensões e, portanto, o equilíbrio social. (ELIAS, 2001, p. 107).

O espírito competitivo reinava no escritório. O curioso é que a competição maior não era entre estagiários e advogados. Todos competiam em favor dos processos, motivados, também, pelo dinheiro que isso poderia lhes render. Mas não era só essa a razão para tanta dedicação. Na verdade, sentíamos-nos instigados a “vestir a camisa” e a trabalhar arduamente pelo prazer de lograr êxito e, principalmente, de sermos reconhecidos pelos superiores. Muitas vezes os maiores esforços eram compensados com uma simples e vaga promessa de promoção ou, no caso dos estagiários, de contratação.

Não foi difícil contagiar-me por esse clima de aposta. Desde o início, dediquei-me ao máximo para enfrentar os desafios diários e logo me enquadrei no que diziam ser o perfil do escritório. Falava-se muito em pró-atividade, iniciativa e desenvoltura para lidar com público. Além disso, os advogados costumavam ressaltar que, para ser contratado, o estagiário deveria mostrar-se dedicado e sempre disposto a colaborar com horas a mais de expediente. Quanto mais fosse feito pelo escritório, maior a expectativa criada em torno daquele funcionário e, por conseguinte, mais trabalho lhe seria exigido. Essa motivação era importante para o desempenho da rotina nos Tribunais, que exigia, além de conhecimento jurídico, muita perspicácia conforme descreverei a seguir.

1.1.4 Rotina Hardcore

Todos os processos deveriam ser analisados pessoalmente, pelo menos uma vez por semana. Como eu cuidava de processos que tramitavam em diferentes instâncias, minha rotina consistia, quase sempre, em visitar mais de um tribunal em uma só tarde. Ademais, em dias de sessões de julgamento, tínhamos que verificar se havia algum processo a ser julgado, o que muitas vezes só sabíamos na hora da sessão. Cada estagiário possuía um celular fornecido pelo escritório. Fazíamos esse acompanhamento seguindo as orientações dadas pelos advogados que, por sua vez, permaneciam no escritório redigindo peças e aguardando notícias sobre seus processos.

Organizei-me da seguinte maneira: segundas, terças e quartas eu verificava os processos em trâmite na Justiça Federal (JF) e no Tribunal Regional

Federal (TRF), cujos prédios estão próximos. Na quinta e na sexta, acompanhava os processos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF). Geralmente começava pelo andar mais alto de cada prédio e ia descendo de escadas, passando de andar em andar para fazer pessoalmente o acompanhamento processual exigido. No entanto, não raro, tal rotina era quebrada, em razão de outras providências mais urgentes. Por exemplo: um processo corre o risco de ser julgado no STJ, porém, não é de nosso interesse que isso ocorra tão logo. A fim de impedir que o recurso fosse julgado, era preciso percorrer uma verdadeira maratona, a qual descreverei mais adiante. Absolutamente tudo no escritório era de extrema urgência, sendo essa a maior dificuldade na execução dos trabalhos. Administrar as prioridades era o maior desafio.

Os advogados de Brasília eram cobrados pelos sócios de São Paulo que exigiam maior atuação nos Tribunais. Pode-se dizer que havia um ar de superioridade da matriz em relação a filial brasiliense. Os advogados de Brasília sentiam-se, por vezes, desrespeitados pelos advogados paulistanos. Além de escrever as peças, os advogados deveriam, também, acompanhar os processos pessoalmente, despachando com os magistrados, quando necessário. Essa necessidade era definida pela matriz. Muitas vezes as informações obtidas pelos estagiários eram checadas por estagiários mais antigos, sob ordens dos advogados, que, não raro, confirmavam pessoalmente a situação do processo, para não correr o risco de passar para a cúpula uma informação errada. Essa prática gerava mal estar entre estagiários e advogados, bem como entre advogados e serventuários. Estes últimos se sentiam pressionados pela quantidade de vezes que eram questionados acerca do mesmo assunto. Não é de se estranhar que o acompanhamento feito “à lupa” (expressão usada para definir estratégias processuais do escritório), não raro, provocava a antipatia dos servidores dos Tribunais.

Passados os primeiros trinta dias de estágio, posso afirmar que minha adaptação foi rápida. “Pegar o espírito” da proposta de acompanhamento processual foi o primeiro passo e o mais importante. Logo na segunda semana percebi que o trunfo do escritório era a antecipação de resultados. Para que isso acontecesse era de fundamental importância que nós, estagiários, obtivéssemos junto aos órgãos de jurisdição informações que fossem além da situação processual de uma ação. Essa era razão pela qual íamos todos os dias à

“Justiça”⁴. Sentia-me como uma verdadeira repórter em busca de um furo de reportagem trabalhando sob a constante pressão dos advogados para conseguir a informação mais precisa sobre a situação de determinado processo. Isso significa que saber se o processo estava na gaveta ou no armário do gabinete era, muitas vezes, tão importante quanto saber o dia de seu julgamento. Como já dito anteriormente, a sensação constante de que tudo era urgência permeava a maneira como os advogados e os estagiários lidavam com os processos. Isso nos causava uma constante sensação de tensão e alerta. Lembro-me de ficar preocupada pelo fato de não estar tensa. Isso poderia significar que eu estava esquecendo de algo.

Não havia sequer um dia em que não tivesse que enfrentar algum desafio. Sempre havia uma missão impossível a ser cumprida. Estas consistiam, muitas vezes, em desafiar o tempo, as autoridades, a lei, o que fosse preciso. Era quase como fazer mágica. Estávamos sempre evitando um erro ou corrigindo-o. O grau de dificuldade de tais tarefas variava de acordo com o tipo de informação requerida e com a pessoa que poderia fornecê-la. Por um lado, tudo dependia, basicamente, da minha postura, linguagem e da “intimidade” com o processo; por outro, parte importante do resultado devia-se à maneira como aquela jurisdição, repartição, gabinete, turma ou protocolo funcionava. Nesse sentido, fiz o que posso chamar de reconhecimento de território. O meu *modus operandi* consistia em conhecer o mais profundamente possível as regras escritas e não escritas de cada órgão jurisdicional; e, como dribla-las. Cada Tribunal exigia de mim posturas diferenciadas no exercício da minha atividade. Muitas vezes, elementos como, vestuário, linguagem e o horário da minha visita eram determinantes para que eu conseguisse cumprir a missão. E, não custa repetir, quanto mais eu conseguisse fazer verdadeiros milagres para cumprir tais tarefas, mais eu seria cobrada caso eu fracassasse.

1.1.5 A Justiça Federal

A Justiça Federal (JF), por exemplo, era o meu local de atuação menos “glamoroso”, a começar pelo seu aspecto físico e localização. Lá eu acompanhava os processos na fase inicial; e, na sua fase final, a execução, quando era a hora

⁴ Justiça: expressão usada por nós, estagiários, advogados e demais funcionários do escritório para dizer que estávamos a caminho de algum Tribunal.

de receber o valor devido. Neste ponto reside um grande paradoxo. Embora a Justiça Federal seja bem menos confortável que o TRF, mais morosa que o STJ e infinitamente mais informal que o STF, é de lá que saem os ofícios de expedição dos precatórios, as ordens de pagamento, ou seja, é lá que acontece a apoteose do processo: o pagamento. Por outro lado, fazendo uma analogia esdrúxula, a Justiça Federal é para o contencioso judicial uma espécie de periferia. Muito do que se espera, como a rigidez e a formalidade do direito, não passou um dia sequer por ali. Além dos trajes despojados, quase inadequados de seus funcionários, impera a linguagem coloquial e, na maioria das vezes, o total desconhecimento do direito. Poucos dos funcionários que conheci eram formados. Para conversar sobre algum incidente processual, algo mais técnico, era necessário aguardar o Diretor da Turma; ou, os assessores dos juízes, pois os funcionários que nos atendem no balcão são absolutamente leigos.

A JF funciona em dois diferentes edifícios, sendo que, em um deles, estão instaladas as 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª e 8ª Varas Federais e, no outro, as demais varas que vão da 9ª à 22ª. Geralmente, em cada andar funciona uma vara, que se divide em: balcão de atendimento, Secretaria e o Gabinete do Juiz. Logo na entrada dos prédios há uma recepção onde, em tese, o visitante deve se identificar, dando o número da sua Carteira de Identidade (RG). Em troca, ele recebe um adesivo que deve ser devolvido na saída. Vale dizer que eu nunca me identifiquei, pois advogados ou quem tem “cara de advogado” tem passe livre. Quanto mais bem vestida a pessoa estiver, mais ela intimidará os funcionários. Na entrada, não há detectores de metais, e os meios de controle de entrada e saída de processos são bastante arcaicos, se comparados aos sistemas utilizados pelos tribunais.

Tudo na JF parece menos formal. Não se vê serventuários trajando terno, por exemplo. As salas são quentes. Não há ar condicionado. O espaço é pequeno. E não se nota qualquer preocupação com a estética do lugar. Talvez por isso, percebe-se, em muitas ocasiões, certa subordinação dessas pessoas aos operadores do direito que acompanham os processos. Lá, para os funcionários, todos são doutores, não importa se advogado ou estagiário. Mais do que isso, todos aqueles que são aparentemente “letrados” detém naquele contexto certa autoridade. Entretanto, o excesso de pompa ou formalidade apresentado por um advogado, o que seria considerado um comportamento “normal” para o ambiente do judiciário, na Justiça Federal pode soar arrogante aos ouvidos de quem está do outro lado do balcão. Muitas vezes, para que o serventuário cumprisse seu dever

de prestar as informações requisitadas, nos termos do que lhe permite o CPC e o regimento interno, ele avaliava de forma subjetiva se determinado advogado “mereceria” um bom tratamento. O mesmo fenômeno se repete em outras jurisdições, o que será debatido mais adiante. Por hora, vale o registro de que, na Justiça Federal, conhecer pessoas, ser por elas conhecido e querido significa ser útil e, até mesmo, a depender da circunstância, imprescindível para o escritório.

1.1.6 Tribunal Regional Federal Ia Região: a segunda instância

O Tribunal Regional Federal (TRF), assim como a JF, também funciona em dois prédios. Em um deles estão gabinetes de parte dos Desembargadores e os plenários onde acontecem as sessões de julgamento. No outro, está o Protocolo Geral, algumas coordenadorias e os gabinetes de alguns Desembargadores. Não se pode dizer que as instalações desse Tribunal sejam ruins, mas é notório que há certo improviso, o que pode ser explicado pelo fato de estar sendo construída sua nova sede ao lado do STJ. Pelo o que se pode ver das obras, está por vir algo majestoso. Porém, não há, na realidade atual do TRF, a formalidade e pompa que certamente os seus Desembargadores pensam merecer. Para entrar no Tribunal é necessária a identificação por RG ou OAB. O público, incluindo estagiários, recebe um cartão azul de visitante, e advogados recebem um cartão vermelho. Eu sempre guardava meu crachá de visitante na bolsa, e nunca foi-me chamada a atenção por não o estar utilizando. Dessa forma recebia tratamento de advogada, o que muitas vezes facilitava meu trabalho. Assim como na JF, no TRF os serventuários não trajavam terno, à exceção dos assessores dos Gabinetes.

Por diversas vezes, acompanhei as sessões de julgamento das 5ª e 6ª Turmas do TRF, competentes para julgar questões de Direito Público. Nessas ocasiões percebi que o “protocolo” não era rigorosamente cumprido naquele âmbito. Quando os magistrados adentravam no plenário, por exemplo, ninguém da tribuna se levantava. Além disso, não havia seguranças naquele recinto, e somente na entrada do plenário havia um detector de metais que não funcionava.

1.1.7 Glamour - Superior Tribunal de Justiça

Para visitar o STJ era preciso uma tarde inteira, devido à imensidão daquele Tribunal. É necessário identificar-se na recepção do Tribunal, onde há, também, detectores de metais modernos e seguranças por toda parte. Para assis-

tir às sessões de julgamento, não é permitido o uso de calças jeans, e o traje deve ser sóbrio. Nos Gabinetes, os serventuários trajam terno, e as mulheres são bastante elegantes. Há garçons servindo café, água e lanches. Eu separava as minhas melhores roupas para esse dia. Usava meias-calças, sapatos finos e fazia questão de estar sempre maquiada. Era assim que meus colegas de profissão também se portavam. Embora os serventuários das Turmas usem trajes mais despojados, diferentemente da JF e do TRF, a maioria é formada e tem conhecimento, ainda que superficial, de processo civil.

O STJ é um tribunal jovem, com atmosfera sóbria, porém alegre, entusiasmada. As pessoas são bonitas, elegantes e tudo parece funcionar de forma organizada. Além disso, é a jurisdição mais célere na qual atuei. As decisões saem com rapidez, e o acesso a elas é facilitado pelo seu site oficial. O tribunal possui 33 (trinta e três) Ministros divididos em Turmas, cada uma composta por 5 (cinco) Ministros, competentes para julgar determinadas áreas do direito. As 1ª e 2ª Turmas cuidam de Direito Público, onde os processos do escritório eram julgados. A estrutura e aparência de cada gabinete refletiam o seu ministro e, muitas vezes, denunciavam a forma de trabalho daquele local. Uns possuem amplo balcão de atendimento, de onde é possível ver os funcionários da secretaria. Em outros, há uma antessala bem decorada, com sofás, mesinhas de centro e quadros com títulos do Ministro. Outros dispõem somente de meio metro de balcão, duas cadeiras, e não se vê nada além de uma parede — para ser atendido é preciso tocar um sininho. Além disso, em noventa por cento dos gabinetes, os assessores e seus estagiários são terminantemente proibidos de atender advogados. Sequer podemos saber quem eles são. O atendimento é feito pelos serventuários da secretaria, e as informações prestadas restringem-se à previsão de julgamento e à localização do processo.

O sistema de cópia do Tribunal é central. Não é permitido tirar cópia nos Gabinetes, e, em alguns deles, sequer é permitido manusear os autos. Para tanto, é necessário requisitar o processo, que será levado por um mensageiro até a copiadora e, depois recolhido pelos funcionários do Gabinete.

1.1.8 Cortina de ferro - Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal (STF), instância máxima do poder judiciário, é o mais formal dos locais onde atuei acompanhando processos. O tribunal

é composto por 11 (onze) Ministros, os quais são competentes para julgar matérias Constitucionais. Não eram muitos os processos que eu tinha que acompanhar por lá, mas um deles era o mais importante do escritório, cujo valor da causa chegava à casa dos bilhões. Contudo, obter qualquer tipo de informação processual no STF é tarefa árdua. Nada pode ser dito, visto ou comentado. Toda semana visitava os mesmos locais, falava com as mesmas pessoas e obtinha as mesmas respostas. Como havia um estagiário exclusivamente responsável pelo Tribunal, não cheguei a frequentar as coordenadorias, mas, nas minhas poucas visitas, pude perceber claramente que o nível cultural dos funcionários está acima dos demais tribunais.

Para entrar no Supremo é preciso identificar-se com a carteira de identidade ou com a carteira da OAB, além de ser obrigatório o registro fotográfico de cada visitante. O visitante precisa informar o local que vai visitar, e, então, os funcionários verificam se os seus trajes estão dentro dos padrões exigidos — e o padrão depende da repartição a ser visitada. Por exemplo, para ir às turmas e coordenadorias não é necessário que as mulheres estejam de vestido ou blazer. Para os homens, de qualquer modo, não é permitido entrar sem terno. Além disso, noventa por cento dos serventuários vestem-se de forma sóbria. Antes de subir os elevadores, é preciso passar por detector de metais. Além disso, bolsas e pastas também são revistas. Os corredores são silenciosos, e há carpetes por todos os lados. A porta que dá acesso aos Gabinetes só pode ser aberta por vigilantes terceirizadas, sempre mulheres que, educadamente, conduzem o advogado ao seu Gabinete de destino, depois de checarem novamente seus trajes. Não havia muita gente transitando pelos anexos, e os funcionários dificilmente podiam ser vistos, exceto quando se dirigiam ao refeitório.

1.1.9 Onde há hierarquia não há conflito

Embora os desembargadores do TRF tenham total poder de decidir, de forma fundamentada, acerca de uma lide, o argumento mais comumente utilizado nos recursos interpostos para reformar um acórdão fundamenta-se na Jurisprudência dos tribunais superiores. Por essa razão, colacionava-se, em todas as peças do escritório, precedentes favoráveis à nossa tese, decididos no STJ e STF. Dessa forma, demonstrávamos que, caso o desembargador adotasse posição contrária, estaria afrontando, por assim dizer, os seus “superiores”. Muitas vezes o zelo dos magistrados justificava-se por questões políticas. Ouvia-se, nos

corredores dos tribunais, que vários desembargadores almejavam ser ministros e se comentava quais desembargadores tinham maiores chances de ser indicados, ou quem fazia lobby para quem.

No que tange à relação entre ministros do STJ e ministro do STF, presenciei, em duas ocasiões, certo desconforto dos primeiros em relação aos segundos. Certa feita, ao chamar um recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ, de “recurso extraordinário de 4ª instância”, ouvi de uma analista do STJ que, em hipótese alguma, tal apelo poderia ser denominado dessa maneira. Segundo ela, a ministra para quem trabalhava, não admitia essa nomenclatura, comumente usada por advogados, vez que, segundo ela, não haveria diferença de instâncias entre STJ e o STF: ambas seriam jurisdições superiores que tratariam de matérias distintas, o STF de matérias constitucionais e o STJ da legislação federal. Não cabe aqui analisar o mérito dessa afirmação, até porque a Constituição sobrepõe-se à Legislação Federal e, além disso, é notório o poder atribuído aos Ministros do STF em relação aos Ministros do STJ. No entanto, cumpre ressaltar que a máxima “onde há hierarquia não há conflito” não é absoluta. O que interessa para o presente trabalho é a indignação da Ministra, relatada por sua assessora, ao deparar-se com a possibilidade de estar hierarquicamente abaixo de seus colegas do Supremo. Nessa mesma linha, presenciei, em outra ocasião, o que se pode chamar de autoafirmação “egóica” entre magistrados.

Em sessão de julgamento do STJ, o Ex-Ministro Sepúlveda Pertence, ao “estrear” com a sua primeira sustentação oral como Ministro aposentado, deixou claro aos presentes no plenário o peso de sua experiência ou, talvez, o da sua autoridade ou da sua arrogância, a depender do ponto de vista. Aos meus olhos de estudante estagiária, a presença do ex-ministro do Supremo surtiu um efeito de subordinação imediata, como se os Ministros do STJ perdessem a importância diante do eterno Ministro Pertence. Ao anunciar o RESP a ser julgado, o Presidente da 1ª Seção, Ministro Luiz Fux, informou ao “nobre” advogado que seu tempo era de 15min, o que ensejou o protesto imediato deste último. Pertence iniciou sua explanação com a seguinte frase: “Vossas Excelências me perdoem, mas eu não devo ter aprendido nada em todos esses anos de STF! Achei que o tempo para a presente sustentação fosse de 30 minutos.” Gargalhas no plenário. Quando há mais de duas partes nos polos ativo e passivo, o tempo é contado em dobro e dividido entre os que vão sustentar. Ainda que o Ministro aposentado tivesse razão, sua condição naquele momento era de advogado. Portanto, o Minis-

tro Fux, enquanto autoridade máxima da sessão, manteve seu entendimento. No entanto, não deixou de retratar-se ao final da sustentação de Pertence, tecendo inúmeros elogios à sua atuação, dizendo que, assim como seus colegas, ele havia aprendido muito com o Ministro do STF.

Muitas vezes a atuação de ex-ministros na advocacia resulta no melhor andamento do processo, justamente pelo fato de esses homens manterem seu status, mesmo quando aposentados. Vi, inúmeras vezes, esses ministros chegarem aos tribunais, sentarem na primeira fileira, bem perto dos julgadores, fazerem um aceno discreto e acompanharem o seu caso de interesse. Ouvi de um professor que “esses homens aposentam-se e depois vão vender seus corpinhos nos Tribunais.” Certa feita, o Ministro Castro Meira, então Presidente da 2ª Turma, anunciou o julgamento de um processo com os seguintes dizeres: “Eu trouxe esse processo, ia julgar, mas aí, deparei-me com aquele ‘memorial voador’, e aí... vocês sabem, não é... quando chega um memorial voador a gente para pra ler.” Coincidentemente ou não, o Ministro aposentado Aldir Passarinho estava na Tribuna, e me foi informado por um colega que ele estava atuando naquele processo.

A presença de um ministro aposentado do STF na Tribuna, ainda que na condição de advogado, influencia o curso do processo. Escritórios de grande porte pagam preços altos por essas participações que, mais uma vez, nada dizem respeito à tese. Esses magistrados aposentados usam de seu conhecimento pessoal e abrem os caminhos do processo nos tribunais, fazendo com ele seja julgado mais rapidamente. Para tanto, utilizam-se da intimidade que têm com os atuais ministros e, com um simples telefonema, conseguem agendar audiências extraordinárias, muitas vezes em suas residências, para tratar do processo de interesse. Usam, além de seus conhecimentos jurídicos, o seu prestígio para convencer os julgadores de que aquele argumento, o da tese, é o mais razoável. A existência de relações de aliança não se limita aos ministros. Elas também existem entre advogados/estagiários e serventuários, também consistem no uso da intimidade e do prestígio e podem, da mesma forma, mudar o curso de um processo.

1.1.10 Formando alianças

Enquanto o estagiário mais antigo mostrava-me os lugares e me explicava como funcionaria a rotina nos Tribunais, fazíamos pausas para que ele pudesse apresentar-me aos funcionários com os quais eu teria que trabalhar. Ser apre-

sentada aos funcionários era mais importante do que conhecer os trâmites legais daquela jurisdição. Cada serventuário tinha o seu um perfil.

Os primeiros que conheci foram os assistentes dos Desembargadores do TRF, conhecidos como “capinhas”. Os “capinhas” acompanham os Desembargadores e Ministros nas sessões de julgamento e são responsáveis por transportar os processos a serem julgados do gabinete até o plenário. São eles também que separam os votos conforme os processos vão sendo chamados. Trajando uma capa curta de cetim preto, as capinhas, esses assistentes são geralmente do sexo masculino e, quando não estão em sessão, ficam no Gabinete preparando pautas e, muitas vezes, digitando votos. Esses funcionários eram fundamentais para o acompanhamento processual proposto pelo escritório.

Parte da minha rotina era acompanhar as sessões de julgamento e verificar se algum de nossos processos seria levado em mesa. São levados em mesa, ou seja, sem publicação prévia de pauta de julgamento, os embargos de declaração, embargos infringentes e pedidos de vista. O julgador, a seu critério, separa seus processos de mesa, com o respectivo voto, e, sem a ciência obrigatória das partes, julga-o na Turma de Desembargadores. O acórdão prolatado é posteriormente publicado. Acontece que, para o escritório, esperar a publicação para saber o que foi decidido era inadmissível. Portanto, “deixar” um processo ser julgado sem o nosso conhecimento representava uma falta grave. A fim de evitar esse transtorno, além de telefonar para o gabinete e averiguar com técnicos administrativos ou até com o Chefe de Gabinete se os nossos recursos estavam incluídos naquela sessão de julgamento, eu tinha que ir pessoalmente ao plenário e checar novamente se havia algum processo do escritório em mesa. Quanto melhor fosse o meu acompanhamento processual, menor seria o risco de dar furos.

Nos dois primeiros meses acompanhando sessões de julgamento, chegava pouco antes do início da sessão e aguardava junto à cancela que separa os visitantes dos magistrados, para, discretamente, pedir que o capinha verificasse meus processos. Nada disso é proibido e, inclusive, acontece às vistas dos magistrados. O diferencial estava no tratamento que eles passaram a me dar no decorrer de alguns meses vivendo a mesma rotina. No início, sempre que os assistentes viam, eu me apresentava novamente, referindo-me ao estagiário que nos havia apresentado. Logo eles identificavam o escritório e, muitas vezes, já conheciam, inclusive, as nossas causas. Graças à grande frequência das minhas idas às ses-

sões, consegui construir com estes serventuários uma relação de cumplicidade. Isso mudou o tratamento deles para comigo. Cheguei ao ponto de não ter de me dirigir a eles para perguntar sobre a pauta. Bastava uma troca de olhares, para que eles checassem a relação dos processos e me sinalizassem indicando se “tinha alguma coisa” naquele dia. Além da pauta dos processos em mesa, muitas informações extraoficiais eram fornecidas por eles. Por exemplo, o período de férias dos Desembargadores ou a previsão de julgamento de determinada causa.

O mesmo procedimento aplicava-se ao STJ, só que adaptado às formalidades daquele Tribunal. Uma das Turmas de Direito Público do STJ, por exemplo, tem a praxe de publicar o julgamento dos processos em mesa, o que facilitava muito o meu trabalho. Ainda assim, mantinha-me sempre alerta, tensa e sob pressão, cuidando para que nada acontecesse sem que eu soubesse. Com o tempo, essas sensações diminuíram, mas a carga de adrenalina é inerente a essa profissão.

Outra tarefa árdua, que fazia parte da minha rotina, era a de “segurar” os processos. Conduzir uma ação consiste em acelerar os trâmites legais ou retardá-los, a depender do interesse do cliente. Muitas vezes um processo entrava na pauta de julgamento sem que antes houvesse uma audiência com o Ministro ou o Desembargador Relator, solicitada pelo advogado responsável, para que a sócia pudesse deixá-lo a par da matéria objeto do recurso. Contudo, às vezes, por um furo no acompanhamento, o caso acabava sendo levado em mesa antes que a sócia tivesse a oportunidade de conversar com o Magistrado.

Diante dessas circunstâncias, iniciava-se uma verdadeira maratona para retirar o processo de pauta. A primeira providência era falar com alguém no gabinete que pudesse alterar a pauta. Outra medida capaz de atrasar o julgamento era pedir uma cópia do processo. Dessa maneira ele seria remetido à turma, onde permaneceria por 2 (dois) dias, adiando, assim, o seu julgamento. Caso nada disso funcionasse, a alternativa era requerer por meio de petição a retirada do processo de pauta, o que é permitido pelo regimento interno. Acontece que, nem sempre, havia tempo suficiente para que a petição protocolizada fosse juntada aos autos e analisada pelo gabinete antes do início da sessão. Nesta situação extrema, a sócia do escritório solicitava ao Ministro aposentado do STF, que atuava em alguns dos nossos casos, que conversasse diretamente com o Ministro do STJ relator do caso. Tal solução nunca falhava.

Art. 7º São direitos do advogado:

XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos; (Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994)

Eu cuidava, concomitantemente, de todos os incidentes processuais de mais de 200 (duzentas) ações judiciais que tramitavam, ao mesmo tempo, em quatro (quatro) jurisdições diferentes. Eu deveria conhecer e acompanhar cada passo de cada um daqueles processos. É comum, nos grandes escritórios, fazer cópias dos processos, o que é permitido pelo ordenamento jurídico. A ideia é manter um arquivo corrente no escritório, para que os casos sejam estudados sem que o advogado tenha que se deslocar para consultar os autos na Justiça ou transporta-los para o escritório. No entanto, tudo isso significava gastar muito tempo. O problema é que muitas vezes nós precisávamos fazer cópias de processos de outros escritórios que, por alguma razão, interessavam ao escritório no qual trabalhávamos ou às nossas causas. Porém, a despeito do que prevê o artigo supracitado, a maioria dos Tribunais não autoriza a cópia de um processo por alguém que não tivesse autorizado nos autos. Uma das soluções para esse impasse era utilizar o scanner manual disponibilizado pelo escritório. Curiosamente, os mesmos funcionários que impediam que o processo fosse deslocado para a reprografia, face à ausência de procuração nos autos, com frequência autorizavam o uso do scanner. É comum escritórios utilizarem, além dos scanners que são mais caros, máquinas fotográficas para fazer as cópias. Embora o ato de “escanear” ou fotografar equivalha à retirada da cópia, a diferença está nas consequências geradas por cada um. Para que se obtenha uma cópia formal, o serventuário deve registrar a retirada do processo e quem o retirou; portanto, se fosse o processo de um outro escritório, ele teria de registrar que o processo foi retirado por um advogado que não tinha autorização nos autos. O uso de câmeras e afins, ao contrário, não gera nenhum registrado. Essa era uma forma de ele atender os advogados/estagiários, seus camaradas, e não se prejudicar perante seus superiores.

Além dos gabinetes, a atuação do escritório junto às turmas e às coordenadorias era fundamental. Nessas repartições as decisões eram encaminhadas

para publicação e, dependendo do tribunal, somente nas turmas se podia obter cópias. Não se esqueça o leitor da filosofia do escritório: tudo, absolutamente tudo na advocacia, é urgente; portanto, se algum procedimento requer 2 (dois) dias para ser concluído, era minha atribuição reduzir esse prazo para, pelo menos, a sua metade. Em cada repartição, eu procurava falar com as pessoas que, aparentemente pelo menos, poderiam me ajudar. No entanto, em cada local, o cargo e perfil desta pessoa variava. Para identificá-la eu utilizava alguns critérios superficiais, porém úteis. Vejamos alguns deles. Se o atendente do balcão fosse muito jovem, havia grande chance de ele ser estagiário de 2º grau. Nesse caso, essa seria a pessoa para quem eu solicitaria cópias de decisões não publicadas, informações sobre pautas de julgamento ou cópias de processos de outros escritórios. Se a circunstância exigisse maior conhecimento técnico, buscava identificar o serventuário mais antigo. Como regra geral, a primeira resposta para um pedido que demandasse a boa vontade do serventuário seria, sempre, não. O que eu fazia era criar as exceções. Costumava insistir; caso a negativa fosse mantida, retornava em outro dia e refazia o pedido para uma outra pessoa. Por exemplo, em uma das varas da Justiça Federal havia um funcionário bastante ranzinza que costumava dizer que o mal do nosso escritório era não deixar o processo correr “naturalmente”. O que ele não entendia era que o curso natural do processo pode durar mais de 20 (vinte) anos, e os nossos clientes pagam caro para que tudo fosse finalizado “ontem”.

Dessa forma, de “não em não”, formavam-se as alianças, e se adquiria a confiança dos funcionários que passavam a ser grandes “aliados”. No decorrer do tempo, tornei-me tão próxima desses serventuários que raramente tinha que me deslocar à reprografia carregando um processo. Na maioria das vezes, os próprios serventuários se dispunham a tirar as cópias ali mesmo — o que não era permitido pelo regimento. Além disso, passei a resolver parte da minha rotina por telefone, tendo ocorrido, inclusive, de o próprio serventuário telefonar-me para fornecer uma informação. O momento em que se estabelece essa “intimidade” varia de acordo com a pessoa e com as normas procedimentais que a controlam. Mas ser educado, solícito e simpático era uma forma quase infalível. Digo quase, pois, em algumas ocasiões, era necessário que eu fosse arrogante para ser atendida e obter a informação pretendida.

1.1.11 A linguagem e sua relevância

Diferentemente do que ocorreu no TRF, conheci o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sozinha, sem a apresentação de ninguém. O estagiário do escritório responsável por aquele Tribunal acompanhou-me em uma ocasião, somente. Na maioria das vezes, visitava em uma tarde mais de 10 (dez) Gabinetes para saber a situação dos nossos processos. Em poucos meses, tornei-me conhecida pelos funcionários das turmas, dos gabinetes e pelos “capinhas”. Assim como ocorreu no TRF e na JF, tornei-me “camarada” daqueles serventuários que participavam diretamente nos processos que eu acompanhava. Embora o STJ seja mais formal, havia uma identificação maior entre mim e servidores deste último, do que entre mim e os servidores da JF e do TRF. Tratava-se de pessoas mais próximas da minha realidade. Muitos deles estudavam na mesma faculdade que eu ou frequentavam os mesmos lugares durante os finais de semana. Isso tornava meu trabalho mais fácil, vez que falávamos a mesma língua.

A minha postura durante a rotina de acompanhamento processual variava de acordo com o meu objetivo e com o local onde estivesse atuando. Inicialmente, nenhum funcionário do STJ tratava-me como estagiária — o que, no âmbito daquele tribunal, não era tão interessante. Ali, eu tinha que ser exatamente quem eu era: estudante de direito. A razão disso é que não era difícil encontrar alguns dos funcionários no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Além disso, como dito anteriormente, os servidores do STJ são mais bem instruídos e tendem a criar um clima de competitividade com os advogados. Era, portanto, preferível que soubessem que eu era estagiária; assim, eles poderia exercitar os seus conhecimentos e sua “autoridade”, auxiliando-me. O mesmo acontecia no STF. Mas, note-se, a melhor atitude dependia também da situação, do gabinete e da pessoa a quem me reportava. Nas sessões de julgamento, ao contrário, era fundamental que todos me tratassem como advogada, pois, dessa forma, eu conseguia pedir preferência em processos e confirmar sustentações orais, atos que não podem ser praticados por estagiários.

Em contrapartida, na Justiça Federal, a conduta exigia uma postura bem diferente e maior sensibilidade da minha parte. Como dito anteriormente, a subordinação dos funcionários em relação aos estagiários e advogados era quase

desconfortável. Todos eram chamados por eles de doutores, sem distinção. Notava, também, uma admiração associada a essa subordinação. Muitas vezes, eu era elogiada pelos serventuários da JF pelo meu modo de vestir ou de falar. A estratégia era, portanto, bem diferente. Era preciso quebrar a distância que a subordinação, em certo sentido, criava e mantinha entre funcionários e estagiários ou advogados. A aliança formava-se na medida em que eu permitisse, e eles aceitassem uma maior proximidade. Isso criava uma atmosfera mais familiar, e, não raro, eu os cumprimentava com beijinhos e abraços.

1.1.12 As relações de troca

“De todos esses temas muito complexos e dessa multiplicidade de coisas sociais em movimento, queremos considerar aqui apenas um dos traços, profundo, mas isolado: o caráter voluntário, por assim dizer, aparentemente livre e gratuito, e, no entanto obrigatório e interessado dessas prestações.” (MAUSS, 2003, p. 188).

A troca é uma forma de relação social, e, segundo o que defende Abreu (2005), as alianças na política congressual brasileira são imaginadas como relações e troca. O nosso senso comum, contudo, imagina que as trocas que acontecem dentro das instituições, sobretudo no judiciário, são ilegítimas; as relações deveriam se basear na norma escrita que, em muitos sentidos, é contrária à troca. Pessoalmente, eu acreditava nisso. Mais do que isso, sempre que pensava na relação entre estagiários, advogados e serventuários, acreditava que não poderia haver troca por razões muito mais pragmáticas. Parecia-me que os únicos beneficiados por ela seriam os que estão de fora do balcão, ou seja, os escritórios de advocacia. Neste sentido, não haveria nenhuma razão para os funcionários da justiça se engajarem nesta prática. No entanto, a minha experiência como estagiária me forçou a reconhecer que o vínculo criado entre operadores do direito e funcionários públicos da justiça muitas vezes vai além da relação profissional. Assim como acontece em qualquer local de trabalho, operadores e funcionários também criam, durante o seu convívio, relações de amizade.

“Nas economias e nos direitos que precederam os nossos, não se observam nunca, por assim dizer, simples trocas de bens, de riquezas e de produtos no decurso de um mercado passado

entre os indivíduos. (...) Além disso, o que eles trocam não são exclusivamente bens e riquezas, móveis e imóveis, coisas úteis economicamente. São, antes de mais, amabilidades, festins, ritos, serviços militares, mulheres crianças, danças, festas, feiras cujo mercado não é senão um dos seus momentos e em que a circulação das riquezas mais não do que um dos termos de um contrato muito mais geral e muito mais permanente.” (MAUSS, 2003, p. 55).

No decorrer da pesquisa, compreendi que a troca não necessariamente é consumada como a troca de bens materiais. Trocam-se, também, coisas imateriais como confiança, reconhecimento, prestígio e atenção. Por exemplo, ao chegar a uma repartição pública e identificar um servidor pelo seu nome, atribui-se a ele certo prestígio, tendo em vista que, dentre os outros, somente ele foi requisitado. Havia certo status aos serventuários mais procurados por nós da advocacia. Presenciei, certa feita, uma disputa entre servidores para me atender. Estes funcionários prestam serviços que, apesar de serem simples e corriqueiros, são fundamentais para o trabalho do advogado — o que lhes atribui relevância bem maior do que poderíamos imaginar se considerássemos apenas a norma escrita.

No entanto, há momentos em que a troca assume um caráter material, apensar de isso não significar necessariamente a violação de alguma regra. Refiro-me a prática bastante comum entre escritórios de grande porte de, no final do ano, distribuírem “presentinhos” para os serventuários, além dos “presentões” para os magistrados, muitas vezes enviados para as suas residências.

“Depois, dá-se porque se é forçado a isso, porque o donatário tem uma espécie de direito sobre tudo que pertence ao doador.” (MAUSS, 2003, p. 68).

Participei de um destes Natais, e a experiência foi bastante estressante. Além da correria do dia a dia, os advogados solicitaram que separássemos uma lista com todos os serventuários que “mereceriam” ser agraciados. Os presentes mudam ano a ano, e o seu valor é compatível com a “importância” daquela pessoa para o nosso trabalho. Melhor dizendo, aqueles que mais nos ajudaram no decorrer do ano receberão o melhor presente.

A situação é delicada e constrangedora, pois nem todos que incluíamos na lista receberiam os brindes, vez que, para alguém ganhar um presente, todos os advogados deviam estar de acordo. Acontece que, como os advogados

não “conviviam” com os funcionários, muitas vezes não tem conhecimento para avaliar quem, de fato, deve ser prestigiado e quem deveria ser excluído. Mas o constrangimento não para por aí. Como os presentes são diferenciados de acordo com a relevância de cada um, cria-se um enorme desconforto, pois os brindes não tem todos o mesmo valor; ora, ao receberem seus presentes, os funcionários percebem claramente a diferença de valor que o escritório atribui a cada um deles.

No dia da entrega, geralmente na última semana antes do recesso do judiciário, vamos todos os estagiários executar normalmente nossas rotinas nos Tribunais, só que carregados de “sacolinhas” para serem entregues durante o expediente. Antes da saída, argumentei com um dos advogados que essa prática podia fazer com que aqueles serventuários que se sentissem desprestigiados passassem a nos destratar. O advogado defendeu exatamente o contrário. Segundo ele, essa prática serviria como um incentivo aos funcionários antipáticos, para que tentassem colaborar mais com nosso trabalho.

“Recusar-se a dar, negligenciar o convite, como recusar receber, equivale a declarar guerra; é recusar”. a aliança e a comunhão.” (MAUSS, Ensaio sobre a dádiva, 2003, p. 68).

Havia, também, aqueles funcionários que negavam os presentes e os devolviam, sempre por ordens superiores. Os brindes que sobravam eram sorteados entre os estagiários do escritório.

1.1.13 Os resultados

Certa feita, foram incluídas em pauta de julgamento de uma das turmas do Tribunal Regional Federal, devidamente publicada no Diário de Justiça, cinco apelações interpostas pelo escritório. No que tange às ações indenizatórias do escritório, como vimos, o julgamento acontecia em uma das duas turmas de Direito Público. Mas elas não tinham um posicionamento unânime. Uma das duas turmas decidia em favor da tese, e a outra lhe era contrária. Com base em julgados anteriores, podíamos dizer qual dos três desembargadores que compunham uma turma era ou não favorável à determinada tese. Em qualquer uma das turmas, a ausência de um desembargador no julgamento de nossas causas poderia implicar na reversão positiva ou negativa do caso. O relator das cinco apelações era um desembargador contrário à nossa tese, que era vencida naquela

Turma. Portanto, com base nesses precedentes desfavoráveis já aplicados em casos similares, sabíamos que nossas apelações seriam desprovidas, a menos que o desembargador decidisse reformular seu ponto de vista, o que dificilmente ocorre de forma espontânea.

Para fazer a sustentação oral permitida em apelações, a sócia veio de São Paulo um dia antes do julgamento e solicitou que fossem separados os precedentes favoráveis mais recentes do STJ. Na semana anterior, um ministro do STJ, contrário à tese da defasagem de preços, havia se curvado, por assim dizer, diante do entendimento majoritário daquele Tribunal, que se assentou favoravelmente ao direito das usinas às indenizações pagas pela União. Conforme já mencionado, o peso de uma decisão do STJ poderia fazer com que um desembargador do TRF modificasse seu voto para sintonizar-se com a jurisprudência daquele tribunal. Separei tais precedentes e fui orientada pela advogada a entregar cópias das decisões aos magistrados quando do começo de sua sustentação. Minha função era chegar 30 minutos antes do início da sessão, confirmar se haveria o julgamento e, se todos os Desembargadores estariam presentes, pedir preferência para que o processo fosse julgado logo e informar que haveria sustentação oral. Todas as informações deveriam ser repassadas imediatamente ao escritório, via telefone. Com base na ordem dos processos a serem julgados e na quantidade de preferências e sustentações orais que iriam acontecer naquele dia, tenta-se prever em qual horário nosso processo seria julgado. Isso evitaria que advogados “percam tempo” aguardando o julgamento.

Cumprida a minha parte, fui informada de que um dos desembargadores não poderia comparecer à sessão e que, até aquele momento, não havia nenhum outro magistrado para substituí-lo. O desembargador ausente era contrário à tese do escritório; portanto, dependendo de quem o substituisse, a causa poderia ser ganha. Os substitutos podem ser desembargadores de outras turmas ou juízes convocados. Caso não houvesse quórum, a sessão é adiada. A advogada chegou ao tribunal minutos antes do início da sessão. No horário marcado para o começar os trabalhos, a turma continuava sem quórum, e não havia qualquer informação acerca do substituto. Passados alguns minutos, os magistrados entraram no plenário e logo percebemos que não conhecíamos o juiz convocado. Era um homem jovem, cujo nome, embora fosse familiar, não constava em nossas memórias como favorável ou não à tese do escritório.

A advogada sócia indagou-me acerca do magistrado, e solicitou que eu ligasse para o escritório para pedir que averiguassem, nos nossos arquivos, se havia algum precedente daquele juiz. Minutos depois, telefonaram-me dizendo ter encontrado uma sentença favorável proferida por aquele juiz substituto há 4 (quatro) anos. A sócia ordenou que fossem tiradas 2 (duas) cópias da referida sentença e levadas ao tribunal imediatamente. A cópia da sentença chegou em tempo, e, na tribuna, nenhum dos argumentos da advogada dizia respeito ao pleito da ação. Ela não se preocupou com a discussão do mérito das apelações. Ela referiu-se à recente decisão, proferida no âmbito do STJ, que havia mudado o seu entendimento quanto a presente questão. Portanto, não haveria, argumentava a advogada, razão para que aquele TRF mantivesse a divergência.

A praxe é que os magistrados chamados para compor quórum votem acompanhando o relator. E, usualmente, seria exatamente isso que o juiz substituto faria nas nossas apelações, não fosse pela cópia da sentença por ele proferida, entregue durante o julgamento. O relator, como previsto, proferiu voto negando provimento às apelações, dizendo, inusitadamente, que se sentia como o Náufrago⁵, filme no qual Tom Hanks interpretava Chuck Noland, um entregador da FedEx preso sozinho numa pequena ilha. O principal companheiro de Noland era uma bola de vôlei, que ele apelidou de Wilson. O desembargador disse que se sentia como se tivesse perdido Wilson, face à notícia dada pela advogada de que o ministro, cujo entendimento respaldava o seu voto, havia se curvado à jurisprudência dominante daquele tribunal. Como a outra desembargadora era favorável à tese, abriu-se a divergência com o resultado, até aquele momento, empatando em 1 a 1. Restava saber se a cópia da sentença surtiria efeito, se o juiz substituto acompanharia a divergência. Chegada sua vez de votar, o juiz convocado iniciou sua explanação dizendo que normalmente seguiria o voto do relator. Entretanto, diante do fato de ele já ter analisado a questão em pauta, conforme lembrado por cópia da sentença favorável por ele proferida, entregue pela advogada, o magistrado seguiu a divergência, dando provimento às apelações, mantendo seu posicionamento anterior, que, inclusive, afinava-se ao posicionamento do STJ. Tive vontade de gritar, como se estivesse assistindo a uma partida de futebol. Mas eu e a advogada, mantivemo-nos serenas até sairmos do plenário. O trunfo foi registrado em relatório e encaminhado a todos do escritório.

⁵ O naufrago. Direção: Robert Zemeckers. EUA : 20th Century Fox Film Corporation, 2000. (143 min.), son., colr., legendado

Uma decisão rápida, tomada diante de uma situação imposta pelo acaso, definiu o rumo de 5 (cinco) processos. Naquele momento percebi que no direito também há imprevistos, e é preciso habilidade e agilidade para torná-los favoráveis.

A porta da justiça

Muitas vezes o porteiro submete o homem a pequenos interrogatórios pergunta-lhe a respeito da sua terra e de muitas outras coisas, mas são perguntas indiferentes, como as que costumam fazer os grandes senhores, e no final repete-lhe sempre que ainda não pode deixá-lo entrar. (KAFKA - A porta da justiça)

O texto de Franz Kafka discorre sobre um homem que é impedido, por um guardião, de atravessar a porta da justiça. O guardião afirma que, mesmo que o homem consiga passar, haverá pela frente muitos outros guardiões, ainda mais ameaçadores. Resignado, o homem permanece diante da porta à espera de uma chance. Para tanto, oferece ao guardião presentes e dinheiro. O guardião os aceita, mas insiste em dizer que o homem não pode passar por aquela porta. Com o tempo, o homem chega à beira da morte e pergunta ao guardião qual era a razão da porta, se não havia ninguém além dele tentando entrar. O guardião responde, dizendo que a porta havia sido feita especialmente para ele, mas ele não havia conseguido entrar; e, que, após a sua morte, a porta seria fechada para sempre. Há algo análogo entre as evocações do trecho de Kafka e a minha experiência com estagiária.

Passados 9 (nove) meses do início do estágio, toda a equipe de estagiários havia sido renovada, e eu passei de novata à estagiária mais antiga. Nesse tempo, o ritmo do escritório mudou consideravelmente, assim como algumas regras e seus sentidos. Com a promulgação da Lei dos Estagiários, os escritórios de advocacia tiveram que se adaptar, para manter o mesmo ritmo de trabalho e, ao mesmo tempo, cumprir o exigido pela lei, se não se adaptassem os escritórios correriam o risco de serem punidos pelo Ministério Público do Trabalho, que prometia rigor na fiscalização. Por essa razão, a motivação para que os estagiários “dessem seu sangue” não mais se baseava na perspectiva de contratação.

Naquele momento, imperava a política do medo e da ameaça. Explico. Conforme os estagiários foram saindo, seus substitutos, contratados já na vigência da nova lei, sequer cogitavam a possibilidade de trabalhar além das seis horas previstas no contrato. Portanto, aquela cultura de estender o expediente, deu lugar ao comportamento antes tido como inadequado pelos advogados, o de funcionário público. Todos os novatos estavam preocupados com seus interesses pessoais e, com naturalidade, saíam ao meio dia, retornavam às 14h, e deixavam o escritório às 18h.

Os advogados esperavam e cobravam dos estagiários mais antigos, que estavam acostumados com um ritmo maior de trabalho, que incentivassem e dessem exemplo aos novatos, continuando no sistema anterior. Mas aconteceu justamente o contrário. Com o novo benefício, ficou mais agradável trabalhar, pois sabíamos que seria possível administrar melhor os estudos com o estágio. Perdemos, então, o pudor de cumprir horários e eu, assim como aquele estagiário que me aconselhou desde o início, senti que de nada valia todo meu esforço. Não havia grande reconhecimento do que era feito. Quanto mais se fazia, mais se exigia. Além disso, cobravam que estagiários produzissem peças processuais, sem reduzir suas atividades externas de acompanhamento.

Com a quantidade de processos patrocinados pelo escritório e com o tipo de acompanhamento que fazíamos, seriam necessários mais advogados e, até mesmo, estagiários. Mas devido a todo o mecanismo de dominação descrito acima, conseguiam-se, com poucos recursos humanos, bons resultados, pois cada um trabalhava por três. No entanto, quando os estagiários passaram a agir como estagiários e não como advogados, a produtividade do escritório, aos olhos dos superiores, foi reduzida. Não havia mais aquela atmosfera competitiva ou de equipe. A pressão deu lugar à calma, e as tarefas eram executadas pelos novatos com menos compromisso e mais superficialidade, o que sobrecarregou os advogados da filial.

Diante de tal situação, diante de suas queixas, a sócia orientou os advogados da filial a informarem aos estagiários que, não obstante a lei, não era interesse do escritório manter um funcionário que não estivesse disposto a dedicar-se intensamente. Esse comunicado foi feito durante uma reunião extraordinária com estagiários, convocada numa terça-feira, às 18h. Considerando que o nosso horário de saída era justamente aquele, tal comunicado causou estranheza aos

interessados. Para surpresa de todos, o assunto era a nossa carga horária, sob a vigência da nova lei dos estagiários e as adaptações quanto aos seus efeitos. O advogado recém contratado, que conheci ainda como estagiário, iniciou a reunião, desculpando-se diretamente a mim. Ele reportou um fato ocorrido na semana anterior, quando eu, a estagiária mais antiga, comuniquei-lhe que, a partir daquela semana, passaria a cumprir o horário regular de 6 horas diárias, previsto na nova lei, que, conforme acordado, passou a valer para os veteranos no ato da renovação do contrato, e não a partir da sua promulgação.

A minha intenção, ao conversar com o advogado, era evitar um julgamento equivocado em relação à minha postura, para que não parecesse falta de dedicação. Naquela conversa, deixei claro que o fato de eu estar cumprindo o meu horário não significava que eu estaria menos comprometida com o escritório. Significaria, simplesmente, que eu estaria aproveitando melhor o tempo, para dedicar-me à minha monografia de fim de curso e outras atividades acadêmicas. O advogado respondeu que, de fato, os outros advogados e os estagiários interpretariam minha atitude como se eu não estivesse mais comprometida ou, pelo menos, não tão comprometida com o escritório. Mas, de maneira nenhuma, ele afirmou, isso me prejudicaria na avaliação semestral, feita para determinar qual percentual sobre os lucros cada funcionário “merecia” receber.

Uma semana depois, estávamos naquela reunião, marcada às pressas, para dizer exatamente o oposto disso. O advogado recém-contratado foi direto e bastante duro ao afirmar que o escritório não via com bons olhos estagiários que chegavam e saíam no horário regular, e que, portanto, quem não pudesse dedicar-se além do estabelecido, poderia sentir-se à vontade para buscar um novo estágio. “Não é do nosso interesse manter esse tipo de estagiário, afinal de contas, a bolsa de vocês não diminuiu com a redução de horas. Houve, inclusive, um aumento. Uma possível solução seria contratar dois estagiários, que fizessem meio período, e recebessem a metade da bolsa”, disse ele. Todos ficaram calados, e era possível perceber um desconforto. Houve quem protestasse, e, duas estagiárias, contratadas na semana anterior, demitiram-se naquele ato, vez que, diante da nova carga horária, não seria possível prosseguirem no estágio.

A partir daquele dia, o que era uma equipe, transformou-se em duas. Estagiários insatisfeitos e coagidos, contra advogados injustos, por assim dizer, querendo defender-se, para não receberem mais trabalho. Muitos problemas

vieram à tona depois desses fatos. Percebeu-se que o sucesso da estratégia de acompanhamento dependia do estagiário e, principalmente, de sua motivação. O escritório, ao mudar a maneira de tratar os estagiários, quebrou a confiança que havia anteriormente estabelecido com eles. Os estagiários desmotivados passaram a priorizar suas vidas pessoais. Alguns meses depois, embora dissessem que eu tinha grandes chances de ser contratada, percebi que essa porta jamais se abriria para mim, e decidi deixar o estágio. Havia concluído que, enquanto estagiária, jamais ultrapassaria a porta supostamente criada para mim. Tudo não passava de um mecanismo de exploração criado com o fito de manter-me motivada e exclusivamente dedicada ao escritório. Soube que, após a minha saída, foram contratados dois estagiários para executar a minha rotina. Tão poderosas foram, para mim, aquelas tecnologias de poder às quais, voluntariamente, me submeti que, ainda hoje, sinto-me parte do time e mantenho contato com alguns advogados e estagiários. Sei de cor os números de alguns dos “meus” processos e, de vez em quando, consulto-os nos sites dos tribunais, para sentir um pouco do gosto de ter feito algo para que eles acontecessem.

Bibliografia

ABREU, Luiz Eduardo. *Os labirintos do Minotauro. Troca, política e linguagem*. Brasília: Universidade de Brasília. 1999.

ABREU, Luiz Eduardo. A troca das palavras e a troca das coisas: política e linguagem no Congresso Nacional. *Mana*, Oct. 2005, vol.II, no.2, p. 329-356.

EMERSON, Robert M.; FRETZ, Rachel L.; SHAW, Linda L.. *Writing Ethnographic Fieldnotes*. Chicago: Chicago Guides, Set. 2007. p. 254.

FOUCAULT, Michel. *Soberania e disciplina: microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. 9 ed, Rio de Janeiro: Graal, 1990. p. 179-191.

GEERTZ, Clifford. *Por uma descrição densa: a interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC. Livros Técnicos e Científicos, 1989. p. 13-41.

HOLANDA, Wellington Morais Júnior. *Se o meu fato falasse*, 2005. p. 1-10.

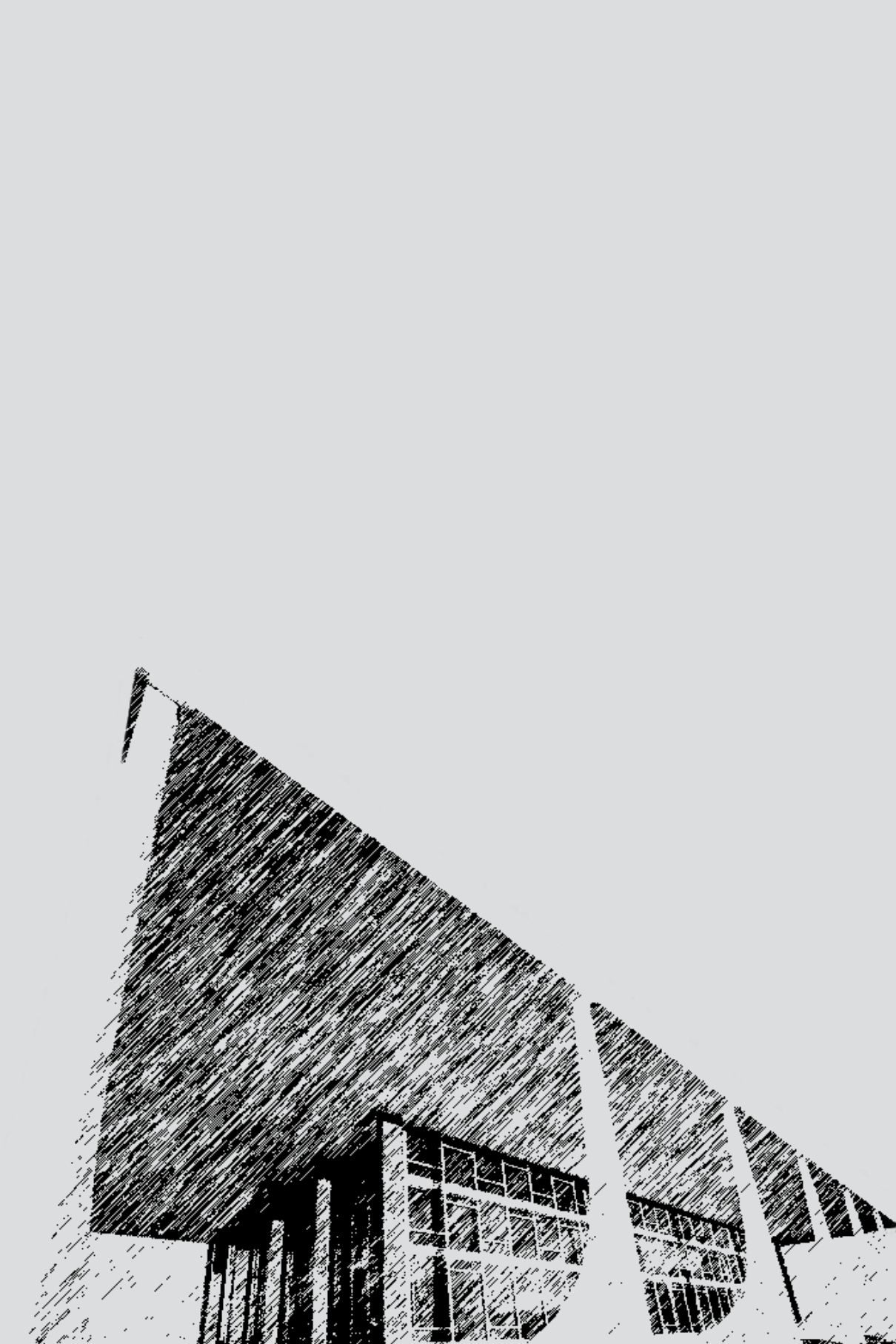
MAUSS, Mareei. *Sociologia e antropologia*. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

MAUSS, Mareei. *Sociologia e antropologia: relações reais e práticas entre psicologia e antropologia*. São Paulo: Cosac & Naify, 2003. p. 185 - 294.

ELIAS, Norbert. *A Sociedade de corte*. Tradução de Pedro Sússekind. Rio de Janeiro: Jorge ZaharEd., 2001.

RICCEUR, Paul. *Do texto à ação. ensaios de hermenêutica II: a tarefa da hermenêutica*, p. 83-125.

SCHEPPELE, Kim. *Constitutional ethnography: an introduction*. Law and Society. Review, 2004. vol. 38,n. 3.



UMA ETNOGRAFIA DO ALGODÃO. O CASO DA OMC

Paula Azevedo¹

Introdução: por uma abordagem não-dogmática

*“Não podemos capturar a lógica mais profunda do mundo social a não ser submergindo na particularidade de uma realidade empírica...”
Bourdieu, Pierre (1996)*

Minha primeira experiência jurídica foi na Organização Mundial do Comércio (OMC), durante as férias entre meu primeiro e segundo semestre de faculdade de direito. Como ainda não tinha adquirido nenhuma aprendizagem teórica jurídica do direito civil brasileiro, pude me submergir completamente na prática jurídica da OMC. Após alguns semestres foi que percebi o quão diferente é da prática brasileira. Esta monografia foi incentivada pela ideia de contrastar a minha experiência de prática jurídica na OMC com a teoria e prática jurídica que aprendi na faculdade de direito.

Esta investigação foi iniciada pela dogmática. Pensei minha experiência à luz de Bobbio, Kelsen e Caio Mário. No entanto, senti que esta visão muito estruturada do direito não explicava os fenômenos presentes na prática jurídica da OMC, como, por exemplo, a importância de argumentos ou elementos técnicos não jurídicos além dos estritamente jurídicos. Portanto, passei a estudá-la por meio de sua própria dogmática. É interessante notar que os estudos, livros e artigos que discutem a OMC, suas regras e seu mecanismo de solução de controvérsias tendem a abordar a questão apenas do ponto de vista dogmático.

¹ Monografia apresentada como requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito no Uniceub. Professor orientador: Dr. Luiz Eduardo de Lacerda Abreu. Este trabalho ficou em segundo lugar na 1ª edição do Concurso Victor Nunes Leal.

Do ponto de vista do direito internacional, por exemplo, o artigo de Joost Pauwelyn estuda o papel do direito internacional público na OMC e até que ponto o direito internacional público influencia a forma de interpretação e as regras procedimentais da OMC e vice-versa. Pauwelyn conclui que

First, both the WTO treaty and WTO dispute settlement are integral parts of public international law. They are not “closed” or “self-contained” regimes; they were created in the wider context of general international law, as well as other treaties. [...] Second, the WTO treaty, WTO panels, and the Appellate Body were not only created in the wider context of public international law; they continue to exist in that context. [...] Third, although the substantive jurisdiction of WTO panels is limited to claims under WTO covered agreements (combined with elements of implied jurisdiction), the international law they may apply in resolving these claims is not limited. It potentially includes all rules of international law. [...] any interpretation of the WTO treaty must be based on the common intentions of all WTO members, not merely those of the disputing parties. [...] Fifth, the interaction between WTO law and public international law is not one-sided. It is a continuing process of cross-fertilization. [...] Hence, if the WTO neglected other rules of international law, it would not only impoverish the WTO legal system and risk reducing it to a uniform one-rule-fits-all framework implemented as a trade-only “safe haven.” In addition, it would threaten the unity of international law. (PAUWELYN, 2001, p. 577).

Percebemos que Pauwelyn rejeita a ideia de que o direito da OMC seja um regime fechado e acredita que foi criado em um contexto geral do direito internacional público. A partir disso, Pauwelyn retira suas diversas conclusões, como a da interpretação à luz de outros tratados, como vemos no trecho transcrito acima. Porém, Pauwelyn usa a dogmática para analisar o sistema, não levando em consideração outros fatores como o contexto político e social da criação da OMC e como isto afetaria o seu discurso fundador, sua justificativa de existência e como os próprios atores vêem seu papel no cenário político e jurídico.

Do ponto de vista da influência da OMC sobre o direito interno, existem vários textos do Professor John Jackson e também de Joost Pauwelyn sobre a *americanização* dos procedimentos ao tentarem incluir a noção de *standard of*

*review*² no mecanismo de solução de controvérsias (ver também CROLEY & JACKSON, 1996). *Americanização* foi um termo empregado por Joost Pauwelyn no artigo “The Limits of Litigation: “Americanization” and Negotiation in the Settlement of WTO Dispute” (PAUWELYN 2003) e significa a introdução de algumas características do direito norte-americano às regras da OMC. Pauwelyn examina três aspectos do mecanismo de solução de controvérsias, o direito à abertura de painel, o juridicismo no processo do painel e a natureza bilateral e adversarial do sistema.

[...] some of these features as “Americanization,” in particular, the legalization of the panel process and the adversarial nature of the WTO dispute settlement mechanism, while portraying others as mainly the result of other forces, in particular, the right to a panel and the bilateral nature of the WTO system. Though cognizant of the many advantages linked to these forms of “Americanization,” the Article then points at some of its drawbacks, in particular, the dwindling number of settlements as a result of the legalization of the panel process and the fact that the adversarial nature of the WTO system is often unable to grapple with the multilateral, public interest nature of modern trade disputes. (PAUWELYN, 2003)

Conforme depreendemos do trecho acima, a principal preocupação esboçada no artigo é de que a *americanização* do procedimento reduz o número de conciliações devido ao excessivo juridicismo e faz com que a resolução de disputas perca sua natureza multilateral que deveria levar em consideração os direitos e interesses dos outros Membros e do público em geral. Em momento algum Pauwelyn questiona se há resistência à *americanização*, ou a qualquer outro tipo de influência. Ele também não pergunta por que seria tão importante no contexto institucional que as decisões jurídicas sejam de natureza multilateral - levando em consideração os interesses de todos os membros - e não bilateral - levando em consideração apenas os interesses dos Membros litigantes - que é o comum nas instituições jurídicas.

Todavia, quando os referidos textos doutrinários abordam a OMC de uma perspectiva mais política, eles a percebem sob o ângulo da soberania dos estados

² *Standard of review* é a “visão” que uma corte de apelação dá à um assunto durante a apelação. O *standard of review* descreve o nível de consideração que será dado à decisão revista.

e da vontade política dos Membros quanto à implementação de regras e decisões (JACKSON, 1997; BACCHUS, 2002; CHARNOVITZ, 2002). Não tive acesso a nenhum trabalho que discutisse os processos de negociação como eles de fato acontecem, da maneira como faz Moore (1985), e tive pouco acesso a trabalhos sobre os efeitos não-econômicos da Organização do ponto de vista das relações ou influências que o organismo tem sobre outras áreas, a não ser em casos como a quebra de patentes de medicamentos.

A proposta desta monografia é de estudar a OMC sob uma perspectiva não-dogmática. Pretendo estudar as particularidades do campo e como elas afetam a atuação dos atores e o resultado das disputas, negociações e, possivelmente, a política internacional. Ao estudar disputas concretas e as relações e rituais institucionalizados que as cercam, será possível determinar se as regras disciplinam apenas as trocas comerciais ou se também integram o discurso institucional, influenciando a maneira de agir dos participantes. Acredito que, para tanto, não basta o estudo jurisprudencial e doutrinário, mas seria necessário utilizar outras formas de obtenção de dados (coleta de dados *in loco*, por exemplo), ou seja, utilizar o aporte de outras ciências.

A importância deste estudo se dá por dois motivos. O primeiro é o fato de se tratar de nova abordagem na maneira como encaramos e estudamos a OMC: não como instituição jurídica, mas como espaço em que são formadas políticas internacionais e órgão de solução de disputas capaz de influenciar e sofrer influência de outros campos. O segundo é o fato de que as decisões que são tomadas em Genebra não afetam apenas os Estados Membros, mas também podem vir a afetar cidadãos do mundo inteiro, principalmente aqueles que lidam com comércio ou estão sujeitos a suas forças.

Portanto, a fim de iniciar o estudo, é necessário delimitar a maneira como pretendo estudar a Organização e suas particularidades. Em seu artigo “A OMC e os Direitos do Indivíduo”, Charnovitz estuda os textos da Rodada Uruguai e compara o funcionamento do Painel e do Órgão de Apelação - as duas instâncias jurídicas do mecanismo de solução de controvérsias da OMC - à atuação de uma corte constitucional:

In recent years, some commentators have called the WTO the “World Trade Constitution”. Paralleling constitutions at the national level, the Marrakesh Agreement specifies deci-

sion rules and delineates the separation of powers among the WTO organs. In this way, the Marrakesh Agreement also resembles charters of other international agencies such as the “Constitution” of the World Health Organization. But the constitutional underpinnings of the WTO go deeper than that. The WTO is constitution-like in reaching into the nation-state to guarantee [sic] rights to individuals (CHARNOVITZ, 2001).

Esta comparação me lembrou outro estudo que havia lido em que foi feita a etnografia de uma corte constitucional. Fui inspirada por Scheppele, autora do estudo, a estudar a OMC de acordo com o dia-a-dia do seu funcionamento. Ao fazer a etnografia da Corte Constitucional da Hungria, Scheppele demonstrou que o direito constitucional não é apenas o produto do diálogo entre os peticionários e a Corte. Ela comprovou que o direito constitucional na Hungria, era envolto por mais que arquivos e jurisprudência da Corte.

[...] in going to work every day at the Court and seeing how enmeshed both judges and professional staff at the Court were in broader webs of influence, it became clear that the “whole specimen” of Hungarian constitutional life was not just the Court and its direct petitioners, but instead a whole set of practices that involved the Court’s relation with other institutions of state in Hungary as well as its relations with the international practices and institutions of the transnational human rights community (SCHEPPELE, 2004, p. 397).

A hipótese desse texto é que o que é válido para as cortes superiores também se aplica aos organismos internacionais como a OMC. Afinal, é razoável supor que as decisões e regras que emanam da OMC não são apenas produtos da interpretação da lei, mas sofrem influências de outras práticas e das redes de influência (*webs of influence*) às quais estão expostas. Desta perspectiva a OMC pode ser considerada um *espaço social* na acepção de Bourdieu, qual seja:

[...] conjunto de posições distintas e coexistentes, exteriores umas às outras, definidas umas em relação às outras por sua exterioridade mútua e por relações de proximidade, de vizinhança ou de distanciamento e, também, por relações de ordem, como acima, abaixo e entre; por exemplo, várias características dos membros da pequena-burguesia podem ser deduzidas do fato de que eles ocupam uma posição in-

intermediária entre duas posições extremas, sem serem objetivamente identificáveis e subjetivamente identificados com uma ou com outra (BOURDIEU, 1996).

No ensaio “The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field” (BOURDIEU 1987), Bourdieu afirma que os juristas não procuram estudar o universo social em que a lei é produzida e exerce seu poder, ou seja, o “campo jurídico”. Eles ignoram a existência deste “universo social”³ e de sua “cultura jurídica”. Segundo Bourdieu, é de extrema importância estudar a cultura jurídica local para ser possível entender tanto o poder que o campo jurídico exerce, quanto o funcionamento interno daquele campo, suas regras, sua identidade e sua visão de mundo. De fato, “não podemos capturar a lógica mais profunda do mundo social [neste caso da OMC] a não ser submergindo na particularidade de uma realidade empírica” (BOURDIEU, 1996).

Concretamente, isso quer dizer que uma análise do espaço social como a que proponho [...] é a da [...] antropologia comparativa, que se interessa por uma determinada região cultural, e cujo objetivo é apanhar o invariante, a estrutura, na variante observada. (BOURDIEU, 1996. p. 15)

Ou seja, o objetivo aqui é apanhar a estrutura do espaço social “que por razões diferentes, escapam tanto ao olhar nativo quanto ao olhar estrangeiro, tais como os princípios de construção do espaço social ou os mecanismos de reprodução desse espaço [...]” (BOURDIEU, 1996. p. 15).

As instituições, quando vistas como *espaço social*, tornam as diferenças nas práticas de seus atores em “diferenças simbólicas e constituem uma verdadeira *linguagem*” (BOURDIEU, 1996. p. 22), compostas de redes de significância e faladas pelas partes que a ela aderem e que a construíram. Ou seja, a instituição tem um *habitus* que é diferenciado e diferenciador e para poder atuar nesta instituição é preciso saber operá-lo.

No entanto, para além das regras formais e de suas justificativas doutrinárias, foi possível observar que, em Genebra, a representação de interesses comerciais envolve bem mais que a simples aplicação dedutiva da regra. Trata-se de todo um conjunto de representações, troca de *politesses* e relações institucionais,

³ Na nota do tradutor, é dada a definição do termo “field” como empregada por Bourdieu. Para o autor, um ‘campo’ é “an area of structured, socially patterned activity or “practice,” in this case disciplinarily and professionally defined.”

entre outros elementos, que asseguram o sucesso ou o fracasso de uma negociação ou mesmo de uma disputa comercial e, ao menos como argumentavam os seus participantes, a manutenção do bem-estar dos nacionais dos Estados Membros e a eficácia da linguagem jurídica.

A seguir, pretendo dividir este artigo da seguinte forma. No próximo tópico, pretendo falar sobre o discurso institucional da OMC e analisar como ele afeta seus membros, participantes e seu processo de tomada de decisão. Depois, pretendo relatar minhas impressões sobre o que presenciei na OMC. Com isso, acredito poder falar algo sobre a maneira como o discurso institucional influencia o dia-a-dia do funcionamento da Organização. No terceiro tópico, pretendo tratar especificamente do Caso do Algodão⁴, explicando inicialmente o aspecto dogmático do caso e em seguida falando de sua repercussão na mídia internacional e minha experiência nos bastidores. Por fim, apresento conclusões que retomam alguns dos principais pontos levantados no corpo do texto.

O discurso da OMC

“The center of gravity of the development of the law in our period..., as at any time, can be found neither in legislation, nor in doctrine, nor in jurisprudence, but in society itself.” Carbonnier (1983).

Na Conclusão de *Formas Elementares da Vida Religiosa*, Durkheim (1960) afirma que cada povo se representa por meio de conceitos. O conceito é coletivo, universal - ou ao menos universalizável -, resiste às mudanças e ao tempo. O conceito é uma representação essencialmente impessoal porque é por meio dela que as inteligências humanas comunicam-se e, se ela é comum a todos, é porque é obra da comunidade (DURKHEIM, 1960, p. 619). Portanto, Durkheim chega à conclusão que “cada civilização tem seu sistema organizado de conceitos que a caracteriza” (DURKHEIM, 1960, p. 622)⁵

A OMC, como *espaço social*, também tem seu sistema de conceitos, obra coletiva que foi traduzida por meio da linguagem e transformada em discurso

⁴ WTO - DS267: United States - Subsidies on Upland Cotton.

⁵ No original: “chaque civilisation a son système organisé de concepts qui la caractérise.”

coletivo e institucional, escrito pelos Membros. O discurso institucional é que este acordo representa um consenso. Este discurso está presente em vários locais, como na doutrina, nas regras e jurisprudência, inclusive nos textos de sua fundação. A OMC diz ter sido criada com a assinatura do Acordo de Marraqueche (*Marrakesh Agreement*)⁶ que alargou o alcance do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT)⁷, com o objetivo de “melhorar o bem-estar das pessoas dos estados membros”⁸ e ter, como resultado, um “mundo econômico mais próspero, pacífico e responsável”⁹. O item 2 da Declaração de Marraqueche de 15 de Abril de 1994 delinea as aspirações, metas e princípios da Rodada Uruguai (rodada de negociações que resultou na criação da OMC):

2. Ministers affirm that the establishment of the World Trade Organization (WTO) ushers in a new era of global economic cooperation, reflecting the widespread desire to operate in a fairer and more open multilateral trading system for the benefit and welfare of their peoples. Ministers express their determination to resist protectionist pressures of all kinds. They believe that the trade liberalization and strengthened rules achieved in the Uruguay Round will lead to a progressively more open world trading environment. Ministers undertake, with immediate effect and until the entry into force of the WTO, not to take any trade measures that would undermine or adversely affect the results of the Uruguay Round negotiations or their implementation. (WORLD TRADE ORGANIZATION, 1994)

Ao afirmarem o seu desejo de “operate in a fairer and more open multilateral trading system for the benefit and welfare of their peoples” (WORLD TRADE ORGANIZATION, 1994), os Ministros estão afirmando que, para a OMC, é importante favorecer uma interpretação que não mine o sistema e que seja mais favorável à um sistema multilateral de comércio mais aberto e mais equitativo à luz de uma situação fática específica.

⁶ Marrakesh Declaration of 15 April 1994. http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/marrakesh_decl_e.htm. Acessado em 11 de julho de 2006.

⁷ General Agreement on Trade and Tariffs (GATT) http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e.htm. Acessado em 11 de julho de 2006.

⁸ “improve the welfare of the peoples of the member countries.” WORLD TRADE ORGANIZATION. *The World Trade Organization*. Geneva: WTO Publications, 2003. http://www.wto.org/english/res_e/doload_e/inbr_e.pdf - Acessado em 13 de maio de 2005.

⁹ Idem, ibidem. “a more prosperous, peaceful and accountable economic world.”

O conceito “equitativo” é importante no discurso da OMC. Afinal, isto se reflete inclusive no texto do Acordo de Marraqueche, onde “Ministers undertake, with immediate effect and until the entry into force of the WTO, *not to take any trade measures that would undermine or adversely affect the results of the Uruguay Round negotiations or their implementation*” (WORLD TRADE ORGANIZATION, 1994). Este é um claro exemplo em que, do ponto de vista do discurso, procura-se preservar a integridade do sistema, ainda quando medidas governamentais possam ser estritamente legais. Esse princípio é coerente com a cláusula de prejuízo e menoscabo sem violação¹⁰ (*non-violation nullification or impairment*). Ou seja, a OMC está afirmando que argumentos processuais que possam gerar efeitos que minam o sistema não deveriam prevalecer sobre argumentos técnicos que tenham como foco os fatos e os efeitos negativos que medidas textualmente permissíveis possam gerar. Portanto, analisando a palavra no contexto da cultura local e do discurso institucional, vemos que no plano das representações coletivas esta equidade é substantiva e não processual, na acepção de Taylor (1998).

Isto está inclusive implícito no Artigo 3.8 do *Dispute Settlement Understanding*:

In cases where there is an infringement of the obligations assumed under a covered agreement, the action is considered prima facie to constitute a case of nullification or impairment. This means that there is normally a presumption that a breach of the rules has an adverse impact on other Members parties to that covered agreement, and in such cases, it shall be up to the Member against whom the complaint has been brought to rebut the charge (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2004).

Em outras palavras, em casos em que houver o não-cumprimento de uma obrigação prevista em um dos acordos, existe a presunção de que a quebra das regras tem um efeito adverso para o Membro reclamante, recaindo sobre o Membro reclamado o ônus da prova. No caso, se o Membro reclamado provar que apesar de infringir uma obrigação sua ação não tem nenhum impacto negativo sobre o reclamante e sobre o mercado mundial, ele não será condenado.

¹⁰ Art. 22 do GATT 47.

De acordo com a OMC, as aspirações e princípios acima citados são alcançados por meio da implementação das regras que disciplinam o comércio entre os 148 estados Membros¹¹ e abrange 97%¹² do comércio mundial. A OMC, sob essa perspectiva, seria essencial para evitar que se agravem disputas políticas originadas em disputas comerciais. É por isso que:

[...] one of the goals of this system is to have a rule structure that provides a certain amount of predictability and stability, which will help shape how those millions and millions of economic decisions are and can be made. (JACKSON, 1999).

No entanto, esse sistema que tenta oferecer previsibilidade e estabilidade foi escrito por 120 governos. Daí ser razoável supor que a dinâmica de barganhas do processo negociador tenha crivado os textos acordados com ambiguidades e omissões, fontes de problemas de aplicação e, conseqüentemente, de interpretação.

For this reason, the dispute settlement process becomes crucial, since it is one of the principal means for resolving the inevitable differences that arise about the various legal obligations of the world trading system (JACKSON, 1997).

Dentro da estrutura da OMC, a resolução desses conflitos comerciais se dá por meio do mecanismo de solução de controvérsias, administrado pelo OSC – Órgão de Solução de Controvérsias. No entanto, segundo a própria Organização, os textos legais não dotam a Organização de mecanismos capazes de forçar a implementação de suas decisões. Como organismo intergovernamental – não exatamente supranacional – a OMC acredita preservar a soberania nacional de seus Membros, contando com a vontade política e conduta ética dos países signatários. Em artigo doutrinário que prega a importância da vontade política dos Membros e da sobrevivência da OMC, o psicólogo Steven Pinker é citado para ressaltar a importância da reciprocidade para se obter o desejado, em lugar do uso da posição de dominância:

There are two ways to get something from other people: steal it or trade for it. The first involves the psychology of dominance; the second, the psychology of reciprocal altruism. The goal of a peaceful and prosperous society is to minimi-

¹¹ Idem, Ibidem. p. 7.

¹² Idem, Ibidem. p. 7.

ze the use of dominance, which leads to violence and waste, and to maximize the use of reciprocity, which leads to gains in trade that make everyone better off (PINKER apud BACHUS, 2002, p. 5).

O discurso institucional também é disseminado por meio da propaganda institucional, empregado pela OMC para influenciar a opinião pública e, dessa forma, criar, nos países Membros, a vontade política necessária à implementação de suas decisões e credibilidade do sistema. É importante lembrar que em muitos países, como por exemplo, o Brasil, as decisões da OMC devem ser homologadas pelo Congresso antes de serem implementadas.

Esta propaganda institucional é feita por vários meios. Por exemplo, todos os documentos públicos da Organização estão disponíveis no sítio de internet, e quase todos os documentos da OMC são públicos, ou acabam tornando-se públicos depois de um curto período de tempo. São igualmente divulgados numerosos artigos e vídeos que explicam e “promovem” a instituição (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2008a e 2008b). Todos os tópicos e acordos são explicados por meio de panfletos que podem ser obtidos e impressos com fotos, gráficos e fatos bastante elucidativos.

O conjunto de acordos é razoavelmente acessível ao leigo, pois para cada texto de Acordo, existe ao menos um outro explicando seu conteúdo de forma resumida e os *links* dos acordos contêm o texto e a interpretação jurisprudencial da OMC para cada artigo que já foi objeto de litígio.

É interessante como a própria instituição se descreve:

The World Trade Organization (WTO) is the only international organization dealing with the global rules of trade between nations. Its main function is to ensure that trade flows as smoothly, predictably and freely as possible. The objective is a more prosperous, peaceful and accountable world. Virtually all decision in the WTO are taken by consensus among all Member countries and they are ratified by Members' parliaments. By lowering trade barriers, the WTO's system also breaks down other barriers between peoples and nations.¹³

¹³ “The WTO Building – Centre William Rappard”. <http://www.wto.org>. Acessado em 10 de julho de 2006.

Este texto foi extraído de panfleto da OMC que fala sobre a história de um de seus prédios, o “Centro William Rappard”. O discurso bem ilustra a maneira como os próprios atores se percebem. A primeira frase deixa bem clara a importância da OMC, por ser a única organização internacional que lida com as regras globais de comércio entre as nações. A segunda frase demonstra as três maiores preocupações da OMC, *v.g.*, que o comércio seja harmônico, previsível e livre, demonstrando o porquê da necessidade de regras escritas e formais. Em seguida, foi descrito os benefícios alcançados por meio do comércio livre, ditado por regras e controlado por meio de um foro para solução de controvérsias que é capaz de penalizar os Membros que infringem as regras. A quarta frase introduz o consenso, o que garante a “igualdade” dos Membros e retira dos grandes a possibilidade formal de exercer pressão sobre os menores e fazer valer sua vontade imperial. Finalmente, reside a ideia de que por meio da diminuição das barreiras ao comércio, a aproximação dos países e de suas culturas será maior, diminuindo outros tipos de conflitos que não os comerciais.

A doutrina também reitera o discurso institucional da OMC. Em vários artigos doutrinários é possível ver parte do discurso propagado pelos teóricos, que ressaltam as seguintes características: (i) os estados Membros ingressaram *voluntariamente*; (ii) as *negociações são feitas entre representantes de Estados*, ou seja, entre partes neutras e objetivas, por meio do *consenso*; e (iii) apesar de ser um foro econômico, a OMC continua sendo um *foro de negociação multilateral onde as decisões tomadas pelos estados Membros levam em consideração suas alianças políticas*. Contudo, é necessário investigar se tais características existem de fato ou se constituem um mecanismo de propagação do próprio campo, por meio da reiteração de *world-views* (Vide MOELLENDORF, 2005; SARHAN, 2006; JACKSON, 1997; BACCHUS, 2002; CHARNOVITZ, 2002; BACCHUS 2003; LAFER, 2006; JACKSON, 1999). Ademais, a doutrina concorda que a OMC segue um discurso liberal. Tanto que Wolfe afirma que:

The WTO is founded on the same principled beliefs that open markets are good for prosperity and that non-discrimination is good for stable international relations. (WOLFE, 2005)

No entanto, este discurso liberal não abrange as políticas internas de seus membros. Mais uma vez a OMC acredita que sua natureza intergovernamental preserve a soberania da política interna, esperando que qualquer que seja esta política interna, ela não poderá discriminar produtos importados, em

razão de sua origem. Com isso, a OMC acredita respeitar a soberania e manter a equidade.

Este discurso integra o que Bourdieu chama de *habitus*. O *habitus* delimita o campo jurídico particular de uma instituição supranacional, qual seja o universo social em que a lei é produzida e exerce seu poder. É o “princípio gerador e unificador que retraduz as características intrínsecas e relacionais de uma posição em um estilo de vida unívoco, isto é, em um conjunto unívoco de escolhas de pessoas, de bens, de práticas” (BOURDIEU, 1996). Ao analisarmos o discurso institucional da OMC por meio dessas “categorias sociais de percepção, desses princípios de visão e de divisão, as diferenças nas práticas, nos bens possuídos, nas opiniões expressas tornam-se diferenças simbólicas e constituem uma verdadeira linguagem” (BOURDIEU, 1996). Quando vista assim, percebemos que as decisões e as regras não são necessariamente a parte mais importante do que constitui a OMC. Talvez o fenômeno mais interessante que às vezes é oculto ao olhar local seja a “comunicação intersubjetiva entre [os] participantes” (*intersubjective communication among [the] participants*) (WOLFE, 2005).

Na OMC, assim como em outros campos jurídicos, a linguagem não é referencial, uma vez que “cria as coisas nomeadas” (BOURDIEU, 1987, p. 838) aferindo efetividade simbólica (*symbolic effectiveness*) às palavras ditas. Este “poder de nomear” (BOURDIEU, 1987, p. 837) é exercido e conquistado por meio do confronto entre as visões de mundo dos atores legais. Por meio da resolução de disputas, o processo está confrontando diferentes visões de mundo e uma está tentando se impor sobre a outra.

Um julgamento é um confronto entre pontos de vistas individuais, cujos aspectos cognitivo e valorativo não podem ser completamente distinguidos. [...] Portanto, o julgamento representa uma encenação paradigmática da luta simbólica inerente ao mundo social: a luta em que visões de mundo diferentes, inclusive antagônicas se confrontam. [...] O que está em jogo nesta luta é o monopólio pelo poder de impor um princípio universalmente reconhecido de conhecimento do mundo social. (BOURDIEU, 1987, p. 837)¹⁴

¹⁴ No original: “A trial is a confrontation between individual points of view, whose cognitive and evaluative aspects cannot be fully distinguished. [...] Thus the trial represents a paradigmatic staging of the symbolic struggle inherent in the social world: a struggle in which differing, indeed antagonistic world-views confront each other. [...] What is at stake in this struggle is monopoly of the power to impose a universally recognized principle of knowledge of the social world”.

Ao ganhar a imposição de sua visão de mundo, adquire-se “poder jurídico”. No entanto, o discurso da OMC contraria o acúmulo de poder que Morgenthau acreditava movimentar a política internacional. O discurso da OMC não permite que um país tenha mais ou menos poder que os outros porque senão é esvaziada a noção de consenso. Portanto, o poder que é adquirido na OMC, ao contrário daquele estudado por Morgenthau, não é reconhecido abertamente por todos, ele é bem mais sutil e eficiente. Este poder está na capacidade de montar uma estratégia de uso da palavra, de usar o mecanismo do outro contra ele próprio. Este poder aproxima-se mais do cerimonial diplomático na política de prestígio de Morgenthau:

Como os latino-americanos costumam oferecer as maiores e mais custosas recepções em Washington, sem parecer delas tirar o menor partido, há uma tendência a considerá-los como meros boêmios perdulários. Isso é um equívoco. O que os “latinos” estão tentando angariar, sobretudo, é prestígio, um lugar de igualdade na família das nações americanas. E quem poderá dizer que, ostentando não somente sua riqueza, mas também suas boas maneiras e mentes brilhantes e estimulantes, em uma série de divertimentos sem rival, não estarão eles realizando uma parte do seu objetivo? (FORTUNE, “R.S.V. Politics”, fevereiro de 1952, p. 120 apud MORGENTHAU 2003)

Neste trecho, o poder que está sendo exercido pelos diplomatas é ligado à estratégia de uso da palavra. Afinal, os diplomatas, obedecendo a uma ética e decoro muito estrito, produto do *habitus*, podem fazer perguntas e extrair informações de maneira mais fácil durante as “atividades sociais”. As atividades sociais são exemplo de que o *habitus* não é composto apenas de um discurso. Para saber operá-lo, não basta saber usar apenas o discurso; é preciso saber usar o discurso da maneira apropriada e na hora certa.

Afinal, o que se pode falar em um coquetel? Fofocas são permissíveis, comentários sobre comentários que os outros fazem são interessantes, mas da mesma maneira que há palavras que apenas alguns podem falar (ABREU, 2005), há também palavras que só podem ser ditas em determinados lugares. Um coquetel ou qualquer atividade social facilita esse diálogo mais “aberto” que não está sujeito ao protocolo e à publicidade do que é dito no Centre William Rappard¹⁵ (por meio dos documentos públicos, atas de reuniões etc.).

¹⁵ (CWR) O Centre William Rappard é o nome da sede da OMC

O *habitus* da OMC tem sua própria visão de mundo dominante. Portanto é válido perguntar: como um determinado país membro com visão de mundo diferente ou peculiar, por exemplo, de caráter processual em vez de substancial, vai lidar com isso? Neste caso, este Membro terá que se adequar, internalizar o discurso e operar o *habitus*. Mas este não é um campo simples, em que basta conhecer o discurso ou as regras, é preciso saber operá-lo, usar as palavras, criar estratégias e transitar no campo.

Exemplo vivo disso é que há apenas uma dezena¹⁶ de escritórios no mundo que já atuaram junto ao mecanismo de solução de controvérsias da OMC, demonstrando que trata-se de campo extremamente fechado e difícil de ser operado.

A OMC, um campo jurídico particular, tem um discurso que se passa por um liberalismo “processual” de caráter “substantivo” (TAYLOR, 1998). Isto porque, trata-se de um discurso liberal, de livre acesso a mercados, em que todos têm iguais direitos em acessar o mecanismo de solução de controvérsias. No entanto, as decisões tomadas pelas instâncias jurídicas têm caráter substantivo na medida em que tenta implementar os objetivos do discurso institucional.

A importância da existência do discurso reside no fato de que há uma identidade criada entre os habitantes do *habitus*. Ao estabelecer uma identidade,

[...] as ações humanas têm por base algo diferente da intenção, isto é, disposições adquiridas que fazem com que a ação possa e deva ser interpretada como orientada em direção a tal ou qual fim, sem que se possa, entretanto, dizer que ela tenha por princípio a busca consciente desse objetivo (é aí que o “tudo ocorre como se” é muito importante). (BOURDIEU, 1996)

Ou seja, o discurso gera uma identidade, que orienta as ações humanas, por meio da “interiorização do exterior, [o que] permite às forças exteriores de se exercerem” (BOURDIEU, 1996). Por isso Bourdieu diz que a busca não é consciente e é também por isso que precisamos analisar as ações humanas deste campo à luz das categorias analíticas propostas por ele.

¹⁶ “Even now, after eight years, only a handful of lawyers in the world have appeared before the Appellate Body. Indeed, even now, after eight years, the majority of the Members of the WTO have never even seen a proceeding of the Appellate Body.” (BACCHUS, 2003).

Primeiras Impressões

Minha primeira experiência com a OMC foi durante o verão¹⁷ de 2002. Eu havia acabado de terminar o primeiro semestre de direito no CEUB e consegui um estágio durante o mês de julho em escritório de advocacia que havia trabalhado em vários casos envolvendo o Brasil na OMC.

É claro que, como aluna de primeiro semestre, pouco ou nada sabia sobre direito internacional e, apesar de ter deixado isto claro na entrevista, o advogado minimizou essa carência: iria aprender aos poucos. Na época não entendi como isso não seria um problema sério. Porém hoje, inclusive sob uma perspectiva etnográfica, penso que essa inexperiência foi benéfica, já que tive um treinamento na forma de litigar da OMC sem estar já muito influenciada pela forma de litigar brasileira, que aprendi ao decorrer dos últimos quatro anos.

Antes de minha chegada a Genebra, K., o sócio que me convidou e com quem me correspondia enviou-me e-mail informando que provavelmente estaria trabalhando com casos que envolviam subsídios agrícolas. Eu deveria, portanto, ler a respeito. Ele me mandou “links” para vários textos como o Acordo de Agricultura, “WTO Agriculture Negotiations” e “Agriculture: fairer markets for farmers”.¹⁸ Esses textos explicavam o texto literal do acordo e seus propósitos sob uma perspectiva institucional.

Antes de chegar pela primeira vez à OMC, entrei na página de Internet (<http://www.wto.org>) e me surpreendi com sua boa estrutura e aparente transparência. Digo isto porque todos os documentos da Organização estão disponíveis, tais como decisões, minutas e resultados de negociações, sugestões de membros para alterações de regras, e todos os documentos relativos a solução de controvérsias, como petições, recursos e decisões jurídicas. Embora isto possa sinalizar transparência, seria precipitado aceitar essa mensagem institucional sem qualificações pois, como apontado acima, as atividades sociais são tão importantes para as negociações e o futuro da Organização quanto o que é dito formal ou publicamente.

Chegando a Genebra, tive dois dias livres. Fui à OMC para conhecê-la e para comprar o “livrinho verde”; os textos legais da Rodado Uruguai. Meu

¹⁷ Refiro-me aqui sempre ao verão europeu.

¹⁸ Todos disponíveis no site: <http://www.wto.org>.

primeiro pensamento foi de que a OMC é fisicamente imponente e ao mesmo tempo receptiva. O portão da entrada é grandioso e está sempre aberto. O jardim é lindo, bem cuidado, contendo várias peças de arte. Parecia estar aberto a qualquer um que quisesse entrar, sentar na grama e ler um livro. No entanto, nunca vi uma pessoa sequer sentada, lendo, ou almoçando no verde. Na entrada principal não há guarita visível, embora haja sempre um guarda que controla passaportes e acesso. Ao entrar no prédio principal pelas portas antigas de madeira, provavelmente datando de sua inauguração em 1926, quando ainda era a sede da Organização Mundial do Trabalho (ILO), há um detector de metal, outro guarda e uma ou duas recepcionistas. É necessário apresentar passaporte e ter sua entrada previamente autorizada, caso não seja um delegado permanente.

O Centre William Rappard (CWR) fica localizado à beira do Lac Léman, ponto central da cidade. Foi concebido após a Primeira Guerra Mundial e inaugurado em 1926. Em 1977, o GATT se estabeleceu no CWR e, em 1995, a recém-criada OMC passou a ocupar o Centro. O prédio principal foi desenhado pelo arquiteto suíço George Epitaux que baseou seu desenho nas vilas florentinas clássicas.

O complexo tem 21 salas de reuniões de dimensões variadas, capazes de acomodar de 12 a 580 participantes. As salas de reuniões do Centro têm lugares marcados para as delegações em ordem alfabética. Isto integra o discurso institucional e demonstra que é importante aos olhos da OMC que nenhuma delegação tenha precedência sobre a outra. O prédio tem 2,2 quilômetros de corredores, 1.300 janelas e 1.000 portas. Na recepção do Centro há um busto do Sr. William Rappard (1887-1958), que foi oficialmente homenageado em 1977, reconhecido por ser um internacionalista líder¹⁹, que ocupou importantes posições na Liga das Nações e na diplomacia suíça. Ele foi co-fundador do Instituto para Altos Estudos que ocupa o terreno adjacente ao da OMC. Em 1998, foi inaugurado um novo complexo de sala de reuniões, inspirado em teatros gregos, localizado ao lado do prédio principal.

As peças de arte que estão dentro da OMC podem ser importantes para analisá-la do ponto de vista da cultura local. Todas as obras foram doadas por

¹⁹ O Sr. William Rappard era um internacionalista suíço que ajudou a liderar e propagar o movimento, razão pelo qual digo que era um internacionalista líder e não um líder internacionalista.

países, pessoas ou instituições. Na entrada principal estão duas estátuas, descritas nos panfletos da OMC como “imponentes”²⁰. As duas estátuas representam a “Paz” e a “Justiça” e foram esculpidas pelo artista genebrino Luc Jaggi. Os dois murais que estão ao lado da escadaria foram pintados em parede que nos leva da recepção ao primeiro andar. O primeiro é do artista francês Maurice Denis e foi intitulado “A dignidade do trabalho” e o outro foi uma continuação desse trabalho, feita pelo artista irlandês Sean Keating, em uma representação de vários tipos de trabalho. A maior escultura do parque do CWR é a intitulada “O Esforço Humano” do artista genebrino James Vibert, concluída em 1935. O tema “trabalho” que permeia essas peças de arte é certamente devido ao fato que o CWR foi originalmente a sede da Organização Mundial do Trabalho.

Ao lado da OMC está o jardim botânico que parece ser uma extensão do gramado e aumenta a beleza do local. É interessante notar que apesar de ninguém sentar no gramado ou nos banquinhos da OMC para ler ou almoçar, é muito comum presenciar essas cenas no jardim botânico, protagonizado por pessoas que trabalham com ou na OMC (durante o verão, é claro). O restaurante do jardim botânico é uma espécie de *self-service* com pratos quentes e sanduíches, sendo muito frequentado por quem quer uma comida rápida. Para uma comida mais sofisticada, frequenta-se um restaurante que fica à beira do lago. Dentro do CWR há vários pequenos cafés e um grande refeitório onde os delegados costumam almoçar.

Dentro da OMC é possível almoçar em três lugares diferentes, dependendo, em parte, do tipo de atividade social que o ator quer. A hora da refeição é um momento importante para o diplomata que vê neste momento uma boa hora para estabelecer contatos. Por exemplo, no refeitório do Centro, não há aparentes distinções hierárquicas, ao contrário do Congresso Nacional onde é difícil ver um servidor comum e um Congressista sentados lado a lado. Este tipo de distribuição de assentos, aparentemente aleatório, parece emular o discurso da OMC, que prega a igualdade. Entretanto, este não parece ser esforço consciente por parte dos atores. Na realidade, isto demonstra o quão internalizado é o discurso, ou melhor, o *habitus*. É possível neste momento sentar ao lado de outros negociadores, de advogados, de embaixadores e de membros do secretariado e

²⁰ “The WTO Building – Centre William Rappard”. <http://www.wto.org>. Acessado em 10 de julho de 2006.

dizer palavras que não podem ser ditas no microfone ou na linguagem “pública”. É claro que isto faz parte da estratégia do uso das palavras, que é essencial para o ator que opera bem o *habitus*.

Dentro do Centro há uma livraria que vende livros que versam sobre comércio internacional, dentre eles os publicados pela própria OMC. Foi lá que comprei meu “livrinho verde”: *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations* (WORLD TRADE ORGANIZATION, 1999). Trata-se de uma compilação dos acordos que compõem o conjunto normativo das regras da OMC. A impressão que tive era da existência de um “culto” ao “livrinho verde”. Todos os advogados, representantes governamentais e membros do secretariado que participam dos contenciosos têm seu livrinho sempre à mão. Os de maior experiência têm o livro dobrado, amassado e rabiscado (o que é bem visto, já que obviamente foi mais usado). Mas, *todos* andam com ele sob o braço, como alguns religiosos que passeiam com suas bíblias (e isso não é um exagero). Naquele livro está o discurso que, quando empregado, constrói as regras de convivência do campo. O livrinho ajuda a gerar a identidade que é gerada pelo *habitus*. Ele diz que fazemos parte de um grupo, não apenas de nações, mas de pessoas que trabalham na OMC, que defendem as mesmas ideias, que rezam o mesmo credo.

O momento em que comprei o livro foi meu ritual de iniciação. Foi o momento em que um membro daquele campo entregou-me suas regras, informou de seu discurso e me permitiu construir minha identidade. Afinal, como poderia trabalhar com a OMC sem conhecer as regras da instituição. É evidente que para poder fazer parte do campo não basta apenas conhecer as regras, é preciso também saber operá-lo, mas isto não está no livrinho verde. Isto se aprende na prática.

Afinal, as regras do *habitus* não estão apenas no discurso, mas na maneira como ele é empregado. Não é o discurso que cria as regras do *habitus*, mas o uso das palavras. Isto porque, neste caso

[...] subverte [-se] a relação tradicional entre a função representacional da linguagem (tomada como o aspecto fundante, consequente, primeiro) e o emprego da linguagem em contextos concretos (entendido como derivado, consequencial, segundo) (ABREU, 2005. Para a função representacional da linguagem, vide SAUSSURE, 1995).

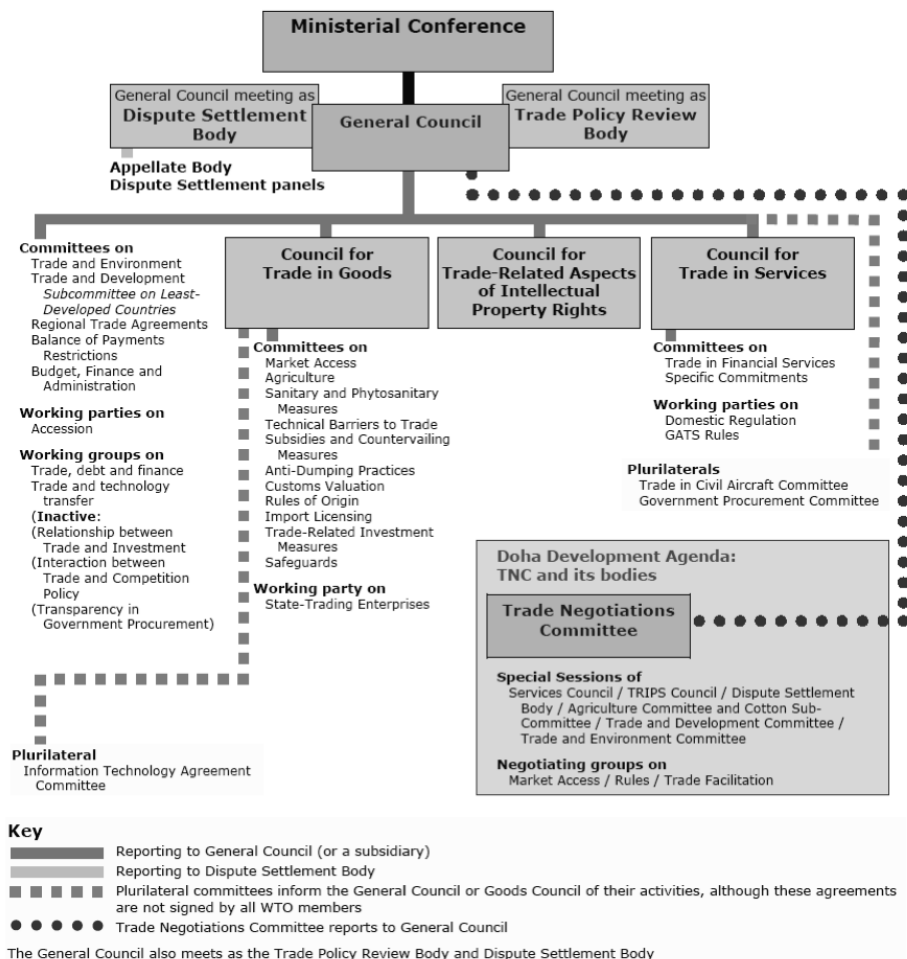
Portanto, o discurso só pode ter significado a partir do uso.

Quanto à estrutura da OMC, ela é aparentemente não-hierarquizada. À exceção do Diretor-Geral, os delegados são todos diplomatas que representam seus países e não têm gabinetes na OMC. Os representantes passam o dia ou vão apenas quando têm reuniões. Quem “habita” os prédios é o “Secretariado”. Estes são funcionários de carreira da OMC e fazem de tudo. Em geral são especializados em economia, direito e política comercial internacional. São agrupados em diferentes especialidades, como agricultura, acesso à mercados, propriedade intelectual, subsídios etc. Eles assessoram os painelistas, o órgão de apelação, os grupos de trabalho que negociam certo tema, fazem estudos técnicos, econômicos, jurídicos etc. De acordo com o acordo institucional da OMC, o fato de os membros do secretariado não estarem vinculados a nenhum governo e representarem aproximadamente 70 nacionalidades, faz com que seu trabalho seja imparcial.

O organograma²¹ da OMC é apresentado da seguinte maneira:

WTO structure

All WTO members may participate in all councils, committees, etc, except Appellate Body, Dispute Settlement panels, and plurilateral committees.



O organograma demonstra que o órgão máximo da organização é a Conferência Ministerial. Isto é, quando os Ministros, geralmente de Relações Exteriores ou de Comércio, se reúnem para discutir novos textos legais ou novas redações para os textos já existentes. Abaixo deles está o Conselho Geral, o Órgão de Solução de Controvérsias e o órgão de Revisão de Políticas Comerciais. O Conselho Geral subdivide-se em vários conselhos específicos por áreas, como Comércio de Bens, Propriedade Intelectual e Comércio de

²¹ Disponível em <http://www.wto.org>. Acessado em 10 de julho de 2006.

Serviços. Considerando que quem produz o trabalho técnico para todos estes conselhos são os integrantes do Secretariado, é possível afirmar que quem está realmente imerso no *habitus* é ele. A identidade que é gerada a partir do texto legal é em grande medida influenciada por ele. Podemos inclusive sugerir que o *habitus* seja criado em grande parte pela visão de mundo do secretariado e que os países membros são apenas uma justificativa formal para que o discurso pareça global e universalizante quando na verdade é fruto de um grupo restrito de pessoas.

O Secretariado está localizado apenas em Genebra e é composto por 630 servidores regulares, chefiados pelo Diretor-Geral e não vinculados a governos ou outras entidades. Eles não têm poder decisório já que as decisões só podem ser tomadas pelos delegados. Sua função principal é de fornecer apoio técnico e profissional para os vários conselhos e comitês, para os países em desenvolvimento, e ainda, para a imprensa e o público em geral; monitorar e analisar o desenvolvimento do comércio internacional; e organizar as conferências ministeriais. O Secretariado também fornece assistência jurídica com relação ao mecanismo de solução de controvérsias e dá conselhos aos governos que queiram ingressar como membros na OMC. Além disso, alguns membros do Secretariado trabalham na área administrativa. De acordo com a OMC, o número de homens e mulheres do Secretariado é quase idêntico. O único órgão da OMC que tem seu próprio Secretariado é o Órgão de Apelação. Isto se dá provavelmente pela especificidade do trabalho. É importante lembrar que o Órgão de Solução de Controvérsias não está subordinado a nenhum Conselho ou órgão, salvo a Conferência Ministerial.

Alguns dias depois da minha visita à OMC, apresentei-me ao escritório de advocacia onde estagiaria. O escritório ficava no prédio em frente a Organização. Da janela do escritório era possível ver toda a Organização e seus jardins. Essa localização não é acidental. O prédio, originalmente residencial, hoje é ocupado por vários estabelecimentos comerciais ou governamentais que têm suas atividades de alguma forma ligadas à OMC. Por exemplo, na mesma prumada do escritório havia também uma representação diplomática junto à OMC.

O escritório em Genebra é filial de um dos dez maiores escritórios norte-americanos, resultado da fusão de dois escritórios dentre estes dez. O espaço físico do escritório era bem menor do que eu imaginava. Com apenas dois sócios

e uma secretária, ocupava o espaço de apartamento duplex com três quartos e uma copa, que viraram quatro salas, uma cozinha, uma sala de reunião e uma varanda. Afinal minha ideia de escritório americano vinha dos livros do John Grisham, que ocupavam prédios inteiros, com salas imensas e pelo menos duas secretárias por advogado. A localização do escritório ajudava no trânsito dos advogados no campo. A localização resultou de decisão estratégica. Dessa maneira, os advogados poderiam, assim como os delgados, almoçar por perto e estar sempre presentes nos corredores da OMC. Transpareceria a impressão de grande intimidade com a OMC; quase uma extensão. Dessa maneira, os advogados asseguram que serão conhecidos e vistos por todos os atores que interessam e que se farão presentes nas atividades sociais. Afinal, coquetéis e almoços fazem parte do trabalho. Neles é possível conversar sobre OMC e demonstrar que se pertence ao *habitus*, traço essencial para o advogado que atua nessa área. Afinal, nesse meio, para ser qualificado é preciso demonstrar livre trânsito e influência no *habitus*.

Apesar de pequeno, o escritório era muito bonito. Os objetos de arte do escritório vinham do mundo inteiro e davam um toque internacional ao ambiente. Depois de algum tempo percebi as motivações da decoração multifacetada e multicultural. Ao contrário de um escritório localizado em Brasília, Rio de Janeiro ou Los Angeles, os clientes deste escritório eram de diferentes países e indústrias, sendo importante evitar a caracterização de um escritório exclusivamente norte-americano e com limitada capacidade de atuação. Eles são contratados para acompanhar as negociações de certo assunto por uma indústria, ou então, para litigar em favor de um Estado Membro da OMC contra outro. Os preços variam de acordo com o cliente e a causa. Em uma conversa “aberta” (se é que foi realmente isso que aconteceu ou se foi um advogado tentando não desiludir uma estagiária) um dos advogados confessou que quando o cliente tinha dinheiro e/ou a causa era “imoral” (não estou usando imoral aqui como uma categoria absoluta, mas como um valor relativo, estimado a partir de como o próprio ator avalia a causa) eles cobravam mais. Este dinheiro extra justificaria perante a burocracia do escritório, os honorários simbólicos cobrados de “boas causas” de governos mais pobres. Afinal,

Não há dúvida de que eles são guiados em seu trabalho de construir disputas por seu interesse financeiro, mas eles também são guiados por suas inclinações éticas ou políti-

cas, que formam a bases de sua afinidade social com seus clientes”²²

Até estas atuações são importantes, considerando um mecanismo em que poucos escritórios tiveram a oportunidade de atuar, é importante estar sempre presente. Afinal, quem melhor conhece o *habitus* poderá auxiliar o cliente da melhor maneira e o ator sabe disso, por mais que não o reconheça sob estes termos.

Em muitos casos, empresas privadas e associações comerciais conseguem pagar um escritório de advocacia que irá trabalhar com o governo no preparo de um caso na OMC. Alguns países em desenvolvimento maiores têm trabalhado com o setor privado para contratar escritórios de advocacia particulares para ajudar a trazer reclamações. [...] Escritórios de advocacia europeus e norte-americanos promovem ativamente suas habilidades em Genebra, e são frequentemente vistos no prédio da OMC para audiências ou simplesmente para fazer contato com antigos ou potenciais clientes. (SHAFER, 2006)²³

Naquele primeiro dia, cheguei às 08h30min, horário oficial do início de expediente, que terminava às 18h30min. Em geral os advogados chegavam antes do horário e, depois do verão de 2002, quando iniciou-se o contencioso, não saíam antes das 21h00min. No verão de 2003, no entanto, por ocasião da primeira reunião do painel, o expediente comum se estendia das 08h00min até 01h00min.

O campo da OMC é um meio de alta cultura. É possível afirmar isto considerando a arte do Centro, a arte do escritório, as prevaletentes regras de etiqueta, como modos à mesa e *politesse* social. Além disso, o nível de educação de todos é muito alto. São três os idiomas oficiais da OMC e quase todos são fluentes ou ao menos têm um conhecimento avançado de todos eles. A forma-

²² There is no doubt that they are guided in their work of constructing disputes by their financial interest, but they are also guided by their ethical or political inclinations, which form the basis of their social affinities with their clients.” BOURDIEU, Pierre. *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*. Hastings Law Journal, Volume 38, July 1987.

²³ No original: “In many cases, private companies and trade associations can pay for a private law firm that will work with the government in preparing a WTO case. Some larger developing countries have worked with the private sector to hire private law firms to assist in the bringing of complaints. [...] U.S. and European law firms actively promote their skills in Geneva, and are often seen in the WTO building for hearings or simply to make contact with former or potential clients.”

ção acadêmica dos delegados, advogados e dos membros do Secretariado é de alta qualidade. Muitos têm mestrado e quase todos receberam sua educação nas grandes universidades ocidentais e leram livros consagrados importantes e demonstram bom conhecimento das artes. Apesar do discurso de igualdade, percebemos tratar-se de meio extremamente elitizado, onde alguém sem o preparo necessário seria incapaz de operar.

O discurso, portanto, é um discurso de elite e não o discurso internacional e globalizante que pretende ser. Não é surpreendente que os Países de Menos Desenvolvimento Relativo (PMDR) tenham dificuldade em operar o sistema e adquirir algum “poder jurídico”. O poder simbólico desta elite é fruto da educação que tiveram e dos próprios mecanismos de propagação das elites.

Não há dúvida de que a prática daqueles responsáveis por “produzir” ou aplicar a lei deve muito às similaridades que unem os detentores da forma quintessencial de poder simbólico aos detentores de poder material em geral, seja político ou econômico. Isto acontece apesar dos conflitos jurisdicionais que podem colocar estes detentores de poder em oposição um ao outro. A proximidade dos interesses, e, acima de tudo, o paralelismo do *habitus*, que surge de criação familiar e educacional parecida, estimula visões de mundo parecidas. Consequentemente, as escolhas que aqueles dentro da esfera legal devem constantemente fazer entre interesses, valores e visões de mundo diferentes e antagonísticos dificilmente irão causar prejuízo às forças dominantes. (BOURDIEU, 1987)²⁴

A identidade que existe e que é representada por meio do livrinho verde não está apenas no discurso; está em saber usar o discurso para circular e saber circular no salão. É preciso saber comer, beber, falar. Certa vez estava em almoço com outros advogados e delegados em um restaurante japonês, pedimos um menu degustação em que vinham vários pratos, inclusive um que eu nunca havia

²⁴ No original: “There is no doubt that the practice of those responsible for “producing” or applying the law owes a great deal to the similarities which link the holders of this quintessential form of symbolic power to the holders of worldly power in general, whether political or economic. This is so despite the jurisdictional conflicts which may set such holders of power in opposition to each other. The closeness of interests, and, above all, the parallelism of *habitus*, arising from similar family and educational backgrounds, fosters kindred world-views. Consequently, the choices which those in the legal realm must constantly make between differing or antagonistic interests, values, and world-views are unlikely to disadvantage the dominant forces.”

comido e não sabia comer. Visto que eu era a única mulher da mesa, sabia que, por etiqueta, todos esperariam até que eu comesse a comer. No entanto, eu também sabia que tinha que comer da maneira correta, eu ficaria claro que eu não tinha a educação necessária para frequentar aquele meio. Então eu fingi. Fingi que tinha começado a comer, dando liberdade para os outros iniciarem e imitei.

Sob essa perspectiva, todo um mundo se abre que nada tem a ver com o discurso institucional. Além de saber comer, é preciso saber fazer jantares, saber que é preciso sempre servir um mínimo de comida típica, para enfatizar o lado internacional. Não raro a feijoada é acompanhada de vinho. O discurso prega um ambiente internacional e, portanto, aparências têm que ser mantidas.

O que percebemos é que o *habitus* não se resume ao livro ou ao prédio. O *habitus* é a maneira de falar, de participar dos jantares, de estabelecer essas relações e, principalmente, de saber usá-las. O campo aqui não é formado apenas pelo Centro e seus atores, mas também pela identificação que se estabelecer entre os que têm um livrinho verde. Por isso, o campo é capaz de englobar advogados que estão localizados em outros países, fora de Genebra, mas que tem importância simbólica para este campo.

O livrinho verde que cria a identidade também tem outra função importante, conforme mencionei acima. Ele faz parte do ritual de iniciação e por isso é formado um culto à sua volta. Digo que existe um culto porque existe um ritual em torno dele: toda discussão refere-se a ele, um artigo de jornal é sempre analisada à luz do que nele está escrito. O mesmo acontece durante o almoço quando se discutem as regras. No entanto, isto é diferente do que acontece no Brasil, por exemplo, quando falamos do Código Civil. Isto porque, qualquer pessoa consegue advogar usando o Código Civil, não é necessário fazer parte do *habitus* do Tribunal de Justiça para advogar, enquanto que na OMC a situação é mais complexa. O livrinho verde não diz apenas a regras, ele diz quem você é e em que você acredita.

É por isso que alguns países têm tanta dificuldade para atuar nesse meio. Nas palavras da embaixadora da representante da Burkina Faso, Sra. A. Sawadogo Simbore:

I know that the WTO is much criticised because people are not conversant with the real content of the WTO agreements. It is true that developing countries, in particular LDC's, ex-

perience difficulties in *following up* the WTO Agreements, but it is up to us to familiarize ourselves with these Agreements in order to facilitate our integration into international trade. We cannot afford to remain on the sidelines.²⁵

Afinal “*following up*” neste contexto não é apenas cumprir com as regras; é saber cumprir, empregar, aprender e instrumentalizar as regras; saber transitar dentro do campo.

O caso do algodão

1.1.1 Uma síntese do caso

A resolução de disputas na OMC é disciplinada pelo Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC)²⁶. Para que se inicie uma disputa, o reclamante

²⁵ “To the heart of the WTO”. Training Video. <http://www.wto.org>. Acessado em 10 de julho de 2006.

²⁶ “Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU)” Resumo do funcionamento do sistema de solução de controvérsias na OMC: “O sistema de solução de controvérsias contempla várias etapas sucessivas, assim resumidas [...]: 01 - Consultas; 02 - Se as Consultas: a) não são realizadas dentro do prazo** (30 dias, ou conforme decidido de comum acordo); ou b) não levam a solução mutuamente aceitável, a parte demandante pode solicitar o Estabelecimento de painel; 03 - O painel será estabelecido o mais tardar na reunião do OSC seguinte à reunião em que a solicitação constou pela primeira vez da agenda do Órgão; 04 - O painel será composto, normalmente, por 3 peritos, após consultas às partes em disputa. As partes em litígio, de comum acordo, podem solicitar que o painel seja integrado por 5 peritos. As deliberações dos painéis serão confidenciais; 05 - O painel terá 6, ou, no máximo, 9 meses, em condições habituais, para apresentar seu relatório, a contar da data de seu estabelecimento e da determinação de seus termos de referência; 06 - A parte demandante poderá solicitar a suspensão dos trabalhos do painel, a qual não poderá exceder a 12 meses, sob pena de caducar a autoridade para estabelecimento do painel; 07 - Etapa Intermediária de Exame: após a apresentação de réplicas e argumentação oral das partes, o painel deve submeter as seções descritivas do projeto de relatório, para comentários das partes. Ultrapassada essa fase, o painel deve elaborar um relatório provisório, ao qual as partes podem oferecer comentários. O relatório provisório, já com as conclusões do painel, será considerado o relatório final, pronto para a circulação entre todos os membros, se não houver comentários; 08 - Adoção do relatório do painel: salvo em casos de apelação, o relatório deverá ser adotado pelo OSC dentro de 60 dias, a contar da data de circulação do documento entre os membros. Os relatórios não serão examinados para efeito de aceitação pelo OSC até 20 dias após a data de distribuição aos Membros; 09 - Apelação: o Órgão de Apelação (OA) – composto por sete integrantes (nomeados para mandato de quatro anos, renovável), três dos quais atuarão em cada caso – terá, como regra geral, 60 dias contados a partir da data da notificação formal da decisão de apelar para distribuir seu relatório. O procedimento não deverá exceder 90 dias. Apenas as partes em controvérsia, excluindo-se terceiros interessados, poderão recorrer do relatório do painel; 10 - Adoção do relatório do OA: dentro do prazo de 30 dias a contar da distribuição do documento aos membros, a menos que o OSC decida por consenso não adotar o relatório do OA,” Disponível em http://www.mre.gov.br/portugues/questiones/questiones/p_omc.asp. Acessado em 26 de julho de 2006.

deve fazer uma reclamação ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC)²⁷ solicitando consultas²⁸ com o Membro reclamado. No “Caso do Algodão” o Brasil fez uma reclamação em 27 de setembro de 2002 ao OSC, solicitando consultas com os Estados Unidos sobre os subsídios e toda a legislação pertinente relacionada a cotonicultura norte-americana, mais especificamente à “indústria do algodoeiro herbáceo” (*upland cotton industry*).

Assim, o produto objeto da reclamação brasileira é o “upland cotton”²⁹, definido pelo Brasil como “algodoeiro herbáceo em rama, bem como as formas processadas primárias deste algodão, incluindo fibra e semente de algodoeiro herbáceo.”³⁰ Além do “upland cotton” o Brasil também questionou o programa de créditos à exportação (*U.S. export credit guarantee program*) de produtos agrícolas (esta reclamação não estava restrita ao algodão).

Entre outubro de 2002 e janeiro de 2003, seguindo o ESC³¹, foram realizadas três reuniões de consultas entre o Brasil e os Estados Unidos. As consultas têm o propósito de permitir que as partes encontrem uma solução para a controvérsia³², antes mesmo do estabelecimento do painel (espécie de conciliação). Em 6 de fevereiro de 2003, após consultas mal sucedidas, o Brasil, conforme o artigo 4.7 do ESC solicitou ao OSC o estabelecimento de um Painel. O Painel foi estabelecido na reunião do OSC de 18 de março de 2003.

Em 9 de maio de 2003, o Brasil solicitou que o Diretor-Geral compusesse o Painel, ou seja, que escolhesse os painelistas. Em 19 de maio de 2003, o Diretor-Geral que compôs o Painel com os senhores Dariusz Rosati (Polônia), Mario Mattus (Chile) e Daniel Moulis (Austrália). Argentina, Benin, Austrália, Paraguai, Nova Zelândia, Chad, Canadá, China, Taipei, a UE, Índia, Paquistão e

²⁷ Dispute Settlement Body (DSB)

²⁸ Art. 4 do ESC.

²⁹ “Algodoeiro herbáceo”

³⁰ “raw upland cotton as well as the primary processed forms of such cotton including upland cotton lint and cottonseed.” “Panel Report United States - Subsidies on Upland Cotton – Dispute Settlement Commentary”. WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary (DSC) © 2004 WorldTradeLaw.net LLC, All rights reserved. <http://www.worldtradelaw.net>. Acessado em 15 de julho de 2006.

³¹ Art. 4 ESC

³² Art. 4.7 ESC

Venezuela reservaram direitos de terceira parte³³ interessada, com vistas a participar, ainda que de forma limitada, dos procedimentos do Painel.

De forma inusitada, o Painel decidiu por dividir a primeira audiência em duas sessões. A primeira sessão seria especialmente dedicada à análise da Cláusula de Paz.

Entre 22 e 24 de julho de 2003, teve lugar a primeira sessão da primeira audiência com o painel. A sessão durou três dias. No primeiro foram lidos os pronunciamentos das terceiras partes interessadas. É interessante notar que nenhuma destas questionou, “por meio de seus pareceres, a interpretação da “Cláusula de Paz”, principal objeto de defesa usado pelos EUA, o que foi considerado uma vitória para o Brasil. O parecer da União Européia não comprometeu o argumento do Brasil, mas também não atacou, veementemente, a política norte-americana.”³⁴ No segundo e terceiro dia, as audiências foram reservadas apenas às partes.

Em sua primeira petição, o Brasil argumentou que as medidas questionadas eram inconsistentes com as obrigações assumidas pelos Estados Unidos

³³ Reservar seus direitos como terceiros interessados informar ao Painel que você tem interesse concreto em um assunto submetido á ele e que você gostaria de ter a oportunidade de ser ouvido e de apresentar-lhe comunicações escritas. Art. 10.2 ESC – “Todo Membro que tenha interesse concreto em um assunto submetido a um grupo especial e que tenha notificado esse interesse ao OSC (denominado no presente Entendimento “terceiro”) terá oportunidade de ser ouvido pelo grupo especial e de apresentar-lhe comunicações escritas. Estas comunicações serão também fornecidas às partes em controvérsia e constarão do relatório do grupo especial.” Disponível em http://www.mre.gov.br/portugues/ministerio/sitios_secretaria/cgc/controversias.doc. Acessado em 26 de julho de 2006.

³⁴ *EUA – Algodão*. <http://www.iconebrasil.org.br/portugues/conteudo.asp?idCategoria=7&Integra=Sim&idpalavra=52>. Acessado em 26 de julho de 2006.

sob os seguintes artigos: Artigos 5(c)³⁵, 6.3(b), (c) e (d)³⁶, 3.1(a) (inclusive o item (j) da *Illustrative List of Export Subsidies* no Anexo I), 3.1(b), e 3.2³⁷ do Acordo

³⁵ “Parte III - Subsídios Recorríveis Art. 5 - Efeitos danosos: Nenhum Membro deverá causar, por meio da aplicação de qualquer subsídio mencionado nos parágrafos 1º e 2º do art. 1, efeitos danosos aos interesses de outros Membros, isto é: [...] c) grave dano aos interesses de outro Membro. O termo “grave dano aos interesses de outro Membro” é usado neste Acordo no mesmo sentido em que se encontra no parágrafo 1º do art. XIV do GATT 1994, e inclui ameaça de grave dano.”

³⁶ “Art. 6 Grave dano [...] 3 - Ocorrerá grave dano no sentido do parágrafo “c” do art. 5 sempre que ocorra um ou a combinação de vários dos seguintes efeitos: [...] b) deslocar ou impedir a exportação de produto similar produzido por um Membro no mercado de terceiro país; c) provocar significativa redução do preço do produto subsidiado em relação ao preço do produto similar de outro Membro no mesmo mercado, ou significativa contenção de aumento de preços, redução de preços ou perda de vendas no mesmo mercado; d) aumentar a participação no mercado mundial de determinado produto primário ou de base(17) subsidiado pelo Membro outorgante, quando se compara com a participação média que o Membro detinha no período de três anos anteriores e quando tal aumento se mantém como firme tendência durante algum tempo após a concessão dos subsídios.”

³⁷ “Parte II - Subsídios Proibidos Art. 3 – Proibição 1 - Com exceção do disposto no Acordo sobre Agricultura, serão proibidos os seguintes subsídios, conforme definidos no art. 1: a) subsídios vinculados, de fato ou de direito (4), ao desempenho exportador, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições, inclusive aqueles indicados a título de exemplo no Anexo I(5); b) subsídios vinculados, de fato ou de direito, ao uso preferencial de produtos nacionais em detrimento de produtos estrangeiros, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições. 2 - O Membro deste Acordo não concederá ou manterá os subsídios mencionados no parágrafo 1º. [...] Anexo I - Lista ilustrativa de subsídios à exportação [...]j) A criação pelo governo (ou por instituições especiais controladas pelo governo) de programas de garantias de crédito à exportação ou programas de seguros à exportação, de programas de seguro ou garantias contra aumentos no custo de produtos exportados ou programas de proteção contra riscos de flutuação nas taxas de câmbio, cujos prêmios sejam insuficientes para cobrir os custos de longo prazo e as perdas dos programas.”

de Subsídios - *SCM Agreement* -; Artigos 3.3³⁸, 7.1³⁹, 8⁴⁰, 9.1⁴¹ e 10.1⁴² do *Agreement on Agriculture*; e o Artigo III:4⁴³ do GATT 1994. O Brasil argumentou que as normas, regulamentos e procedimentos administrativos dos Estados Unidos eram inconsistentes com estes artigos *per se* e também quando aplicados. Estas

³⁸ “Artigo 3 – Incorporações de Concessões e Compromissos – [...] 3. Sujeito às disposições dos parágrafos 2 (b) e 4 do Artigo 9, nenhum Membro concederá os subsídios à exportação listados no parágrafo 1 do Artigo 9 aos produtos agrícolas ou grupos de produtos especificados na Seção II da Parte IV de sua Lista, além dos níveis de compromisso para desembolsos orçamentários e quantidades ali especificados e não concederá tais subsídios a qualquer produto agrícola que não esteja especificado naquela Seção de sua Lista.” <http://www.iconebrasil.org.br/Acordos-OMC/AARU.pdf>

³⁹ “Artigo 7 – Disciplinas Gerais em material de Apoio Interno – 1. Cada Membro garantirá que as medidas de apoio interno em favor de produtores agrícolas, que não estejam sujeitas aos compromissos de redução em virtude de atenderem aos critérios enunciados no Anexo 2 do presente Acordo, sejam mantidas em conformidade com tais critérios.” <http://www.iconebrasil.org.br/Acordos-OMC/AARU.pdf>

⁴⁰ “Artigo 8 – Compromissos em Matéria de Competição em Exportações – Cada Membro se compromete a não conceder subsídios à exportação que não estejam em conformidade com o presente Acordo e com os compromissos especificado em sua Lista.” <http://www.iconebrasil.org.br/Acordos-OMC/AARU.pdf>

⁴¹ Artigo 9 - Compromissos em Matéria de Subsídios à Exportação: 1. Os seguintes subsídios à exportação estão sujeitos aos compromissos de redução assumidos em virtude do presente Acordo: a) a concessão, pelos governos ou por organismos públicos, a uma empresa, a uma indústria, a produtores de um produto agrícola, a uma cooperativa ou outra associação de tais produtores, ou a entidade de comercialização, de subsídios diretos, incluindo pagamentos em espécie, subordinada ao desempenho de suas exportações; b) a venda ou a distribuição para exportação, realizada pelos governos ou por organismos públicos, de estoques não comerciais de produtos agrícolas a preço inferior ao preço comparável cobrado, por produto similar, a compradores no mercado interno; c) os pagamentos para exportação de um produto agrícola financiados por medidas governamentais, que representem ou não um ônus ao tesouro nacional, incluindo os pagamentos financiados com recursos procedentes de uma taxa imposta ao referido produto agrícola ou imposta a um produto agrícola a partir do qual o produto exportado é obtido; d) a concessão de subsídios para reduzir os custos de comercialização das exportações de produtos agrícolas (exceto os serviços de promoção à exportação e de consultoria amplamente disponíveis) incluindo os custos de manuseio, de aperfeiçoamento e outros custos de processamento, assim como os custos de transporte e frete internacionais; e) as tarifas de transporte interno e de frete para carregamentos à exportação, estabelecidas ou impostas pelos governos em termos mais favoráveis do que aqueles para carregamentos internos; f) os subsídios a produtos agrícolas subordinados à incorporação de tais produtos a produtos exportados.

⁴² Artigo 10 - Prevenção contra Tentativas de Eludir os Compromissos de Subsídios à Exportação: 1. Os subsídios à exportação não arrolados no parágrafo 1 do Artigo 9 não serão aplicados de maneira a resultar ou a ameaçarem resultar em tentativa de eludir (circumvent) os compromissos em matéria de subsídios à exportação; nem tampouco as transações não comerciais serão utilizadas para eludir tais compromissos.

⁴³ Artigo III:4, GATT 1994 – “Os produtos do território de qualquer [Membro] importados para o território de qualquer outro [Membro] deverão receber tratamento não menos favorável do que aquele concedido a produtos similares de origem nacional em respeito a todas as leis, regulamentos e requisitos afetando sua venda interna, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou uso. As disposições deste parágrafo não deverão impedir a aplicação de encargos diferenciais de transporte interno que estão baseados exclusivamente na operação econômica dos meios de transporte a não na nacionalidade do produto.”

medidas, resumidamente, estariam deprimindo os preços mundiais, causando sérios prejuízos para os produtores brasileiros, que eram obrigados a vender seu produto por um preço abaixo do patamar que existiria sem a presença dos subsídios norte-americanos.

O Brasil questionou medidas agrícolas de apoio doméstico norte-americanas e outras medidas referentes às exportações. As medidas incluídas na reclamação do Brasil são: *marketing loan program payments*, *user marketing (step 2) payments*, *production flexibility contract ("PFC") payments*, *market loss assistance ("MLA") payments*, *direct payments ("DP")*, *counter-cyclical payments ("CCP")*, *crop insurance payments*, *cottonseed payments* and *export credit guarantee programs*^{44, 45}. O Brasil afirmou que estes programas eram inconsistentes com as obrigações assumidas pelos Estados Unidos perante a OMC, visto que estavam subsidiando excessivamente a indústria do algodão, deprimindo consequentemente os preços mundiais, com consequências adversas significativas para a subsistência dos fazendeiros nos países em desenvolvimento e nos PM-

⁴⁴ "Descrição dos Programas Questionados. "Marketing Loan Program": garante aos produtores renda de 52 centavos de dólar por libra-peso da produção de algodão. Se os preços ficarem abaixo desse nível, o Governo norte-americano completa a diferença. É o mais importante subsídio doméstico concedido pelo Governo norte-americano ao algodão (US\$1.987 milhões); "Counter-Cyclical Payments" (Lei agrícola de 2002)/ "Market Loss Payments" (leis orçamentárias de 1998 a 2001): realizados tendo como parâmetro o preço de 72,4 centavos de dólar por libra-peso. Tais recursos custeiam a diferença entre os 72,4 centavos de dólar por libra-peso ("target price") e o preço praticado no mercado ou o valor de 52 centavos de dólar por libra-peso ("loan rate"), o que for mais alto (US\$935 milhões); "Direct Payment" (Lei agrícola de 2002)/ "Production Flexibility Contract" (Lei agrícola de 1996): garantem renda de 6,67 centavos de dólar por libra-peso para produtores com histórico de produção de algodão - produção histórica (US\$429 milhões); "Crop Insurance": dá garantia aos produtores norte-americanos de algodão, com prêmios subsidiados, contra perdas resultantes de condições climáticas adversas, doenças e preços baixos (US\$ 254 milhões); "Step 2": pagamentos feitos a exportadores e a consumidores (indústria têxtil) norte-americanos de algodão para cobrir a diferença entre os preços do algodão norte-americano, mais altos, e os preços do produto no mercado mundial, aumentando dessa forma a competitividade do algodão norte-americano (US\$ 237 milhões); "Export Credit Guarantees": facilitam a obtenção de crédito por importadores não-americanos, aumentando a competitividade do produto norte-americano, em detrimento dos demais competidores naquele mercado importador (US\$349 milhões); "Cottonseed Payments": recursos destinados a auxiliar a indústria do algodão norte-americana a cobrir os custos com o beneficiamento do algodão (US\$50 milhões). A exceção de "Export Credit Guarantees" e "Cottonseed Payments", os valores entre parênteses representam estimativas de dispêndios dos Estados Unidos para 2004/5." *Contencioso Brasil-EUA sobre Subsídios ao Algodão* - Nota nº 110 - 03/03/2005. Distribuição 22 e 23. Disponível em http://www.mre.gov.br/portugues/imprensa/nota_detalhe.asp?ID_RELEASE=2862. Acessado em 26 de julho de 2006.

⁴⁵ "Panel Report United States - Subsidies on Upland Cotton - Dispute Settlement Commentary". WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary (DSC) © 2004 WorldTradeLaw.net LLC, All rights reserved. <http://www.worldtradelaw.net>. Acessado em 15 de julho de 2006.

DRs⁴⁶. Para se ter uma ideia, em 2001 o preço do algodão no mercado mundial atingiu o preço mais baixo de sua história, US\$0,29 por libra-peso, sendo que a média histórica é de US\$0,72 por libra-peso.

Para prevalecer no contencioso contra os Estados Unidos, o Brasil tinha que primeiro provar que os Estados Unidos haviam violado a “cláusula de paz” – o artigo 13 do Acordo de Agricultura (AA), que estabeleceu que os subsídios agrícolas de um Membro não poderiam ser questionados por outro Membro durante nove anos a partir de janeiro de 1995, desde que os dispêndios estivessem abaixo daqueles “decididos” em 1992.. O Brasil apresentou evidências de que: (i) os Estados Unidos havia excedido o valor permissível de subsídios distorcivos, anulando a possível proteção da cláusula de paz; (ii) os subsídios PFC e DP na realidade não são subsídios caixa-verde⁴⁷ (não distorcivos e permitidos) como afirmavam os Estados Unidos; e (iii) os subsídios à exportação e o step 2 violavam o AA.

Ademais, o Brasil argumentou que sofria “prejuízo grave” (*serious prejudice*)⁴⁸ decorrente da depressão dos preços internacionais e do aumento desproporcional da participação norte-americana nas exportações de algodão. Para fazer tal argumento, o Brasil valeu-se de dois conjuntos distintos de dados econômicos. Em primeiro lugar, valeu-se da perícia do Professor Daniel Sumner que, apresentou análise econométrica ao Painel onde se demonstra que, se retirados os subsídios norte-americanos, a produção americana cairia 29%, as exportações cairiam 41% e os preços mundiais aumentariam 12,6%, em média. Em segundo lugar, o Brasil demonstrou que, dado o custo de produção do algodão americano, a maior parte dos produtores americanos deixariam de produzir se retirados os subsídios.⁴⁹

Finalmente, o Brasil demonstrou o nexos causal entre o prejuízo grave e os subsídios, demonstrando que os subsídios norte-americanos eram uma das causas do prejuízo grave ao Brasil.

⁴⁶ “LDCs – Least Developed Countries”

⁴⁷ Medidas caixa verde são aquelas que preenchem os requisitos do Anexo II do AoA e cujos efeitos são considerados mínimos ou nulos ao comércio de produtos agrícolas. Estas medidas não estão sujeitas ao compromisso de redução.

⁴⁸ Artigos 5, 6(c) e (d) do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) e Artigo XVI do GATT 1994.

⁴⁹ Artigo 6 do ASMC.

A principal razão pela qual os subsídios norte-americanos deprimem os preços é que eles são vinculados ao preço (“price-contingent”). Ou seja, eles asseguram ao produtor americano, um preço mínimo de venda. Por exemplo, se o preço mínimo garantido pelo governo é de US\$0.50 por libra/peso, quando o preço mundial estiver à US\$0.20 por libra/peso o governo americano irá pagar ao produtor US\$0.30 por libra/peso. No entanto, se o preço estiver acima do preço mínimo garantido pelo governo, o produtor nada receberá. Este tipo de subsídio deprime o preço mundial por que ele cria um ponto de equilíbrio artificial. O produtor americano poderá vender a um preço abaixo do custo pois sabe que o governo americano garantirá o restante de sua renda.

O principal argumento dos Estados Unidos era de que o Brasil estava desrespeitando a Cláusula de Paz, pois ainda não tinha sido provado que os Estados Unidos a haviam violado.

Entre 7 e 9 de outubro de 2003, ocorreu a segunda sessão da primeira audiência com o Painel. Em 17 de novembro de 2003, o Presidente do Painel informou ao OSC que eles não conseguiriam concluir o trabalho no prazo estabelecido devido à complexidade do caso. O Painel estimava entregar o relatório final em Maio de 2004. Entre 2 e 3 de outubro de 2003, ocorreu a segunda audiência com o Painel.

Em 26 de abril de 2004, o Painel circulou às Partes⁵⁰ o seu relatório preliminar e em 8 de setembro de 2004, o relatório do Painel foi circulado aos Membros⁵¹ contendo 377 páginas. O Painel decidiu a favor do Brasil sob todos os aspectos.

Em 18 de Outubro de 2004, os Estados Unidos apelou e em 3 de março de 2005, o Relatório do Órgão de Apelação⁵², contendo 311 páginas, foi circulado aos Membros. O Órgão de Apelação não reverteu nenhuma decisão substantiva do Painel. No entanto, modificou a interpretação da frase “support to a specific

⁵⁰ “Circular às partes” significa entregar a versão às partes.

⁵¹ “Circular aos membros” significa emitir uma versão oficial e pública que poderá ser acessada por qualquer membro ou pessoa fora da instituição.

⁵² Relatório do Órgão de Apelação: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_reports_e.htm. Acessado em 26 de julho de 2006. “O Órgão de Apelação tem como função verificar, a pedido de qualquer parte em disputa, os fundamentos legais do relatório do painel e de suas conclusões. No entanto, não pode rever matéria de fato. Ele é composto por sete integrantes (nomeados para mandato de quatro anos, renovável), três dos quais atuarão em cada caso – terá, como regra geral, 60 dias contados a partir da data da notificação formal da decisão de apelar para distribuir seu relatório.” http://www.mre.gov.br/portugues/questoes/questoes/p_omc.asp. Acessado em 26 de julho de 2006

commodity”⁵³ do Artigo 13(b)(ii), mas não modificou a conclusão substantiva do Painel.

Na reunião do dia 21 de março de 2005, o OSC adotou o relatório do Órgão de Apelação e o relatório do Painel, conforme modificado pelo Órgão de Apelação.

Na reunião do OSC do dia 20 de abril de 2005, os Estados Unidos afirmou sua intenção de cumprir com as recomendações e decisões do Órgão e que já havia começado a avaliar suas opções. No entanto, afirmou que precisaria de um tempo razoável para fazê-lo. Este prazo razoável terminou em 1 de julho de 2005 com relação aos subsídios proibidos e em 21 de setembro de 2005, com relação aos subsídios acionáveis.

Atualmente, o Brasil e os Estados Unidos estão tentando negociar a implementação e o Brasil poderá recorrer a Painel, estabelecido sob o Artigo 21.5 do ESC, que examinará se as medidas estadunidenses dão pleno cumprimento às recomendações do OSC.

1.1.2 A Mídia

A fim de ilustrar algumas das repercussões do caso, selecionei alguns artigos publicados pelo jornal norte-americano *The New York Times*, de grande expressividade, democrata⁵⁴ e que se diz internacional. Essa parece ser boa base de referência para o que foi dito sobre o caso já que aquele periódico é considerado formador de opinião internacional. No entanto, é importante ressaltar uma distinção sobre os jornais norte-americanos. Eles são, em geral, divididos em duas categorias: os de direita, “republicanos” e os de esquerda, os “democratas”. Tradicionalmente, o New York Times é considerado de esquerda e por isso é até interessante ouvir sua opinião já que os subsídios agrícolas questionados foram criados (esta versão pelo menos) pelo governo Bush, Republicano, ou seja, é um jornal americano, mas ao mesmo tempo é de oposição. Isto é interessante por que veremos a opinião de um jornal que se diz internacional, no entanto ainda mantém seu patriotismo, ainda que um patriotismo de oposição.

⁵³ “apoio a um produto específico”

⁵⁴ A linha editorial do New York Times é considerada democrata já que dos oito colunistas, seis são democratas, enquanto que apenas dois são republicanos. Sua contrapartida é o Washington Post que é considerado republicano.

O NYT descreveu as disputas do Brasil contra os subsídios agrícolas norte-americanos como sendo, “part of efforts by developing and food exporting nations to push wealthy governments to reduce spending on farmers” (NEW YORK TIMES, 2004). O algodão, na opinião do NYT “has become a potent symbol of the inequities of the world’s agricultural system” (NEW YORK TIMES, 2004).

Graças à visibilidade do caso, na reunião ministerial de Cancun, o então Diretor-Geral da OMC Supachai Panitchpakdi, quebrou a neutralidade dele esperada e afirmou que havia mérito nas reclamações dos líderes do Benin, Mali, Chad e Burkina Faso (NEW YORK TIMES, 2003b). Na mesma reunião, o NYT afirmou que “[t]he principal demand of these developing nations, led at Cancún by Brazil, has been an end to high tariffs and agricultural subsidies in the developed world, and rightly so” (NEW YORK TIMES, 2003c). Afinal, “A new, powerful bloc of developing nations known as the Group of 21 is pressing the trade organization to give equal weight to its farm proposals, which would require deeper cuts in wealthy nations’ subsidies and lowering of trade barriers” (NEW YORK TIMES, 2003c).

De acordo com o NYT, o Brasil não estava apenas questionando os subsídios agrícolas de uma outra nação, mas estava representando “sul” contra o “norte” em negociações cada vez mais polarizadas em torno deste eixo (NEW YORK TIMES, 2003c).

No entanto, o NYT admite que o Governo brasileiro nem sempre esteve disposto a enfrentar os Estados Unidos. Em entrevista dada por Pedro Camargo Neto, ele admitiu ao NYT estar surpreso pelo “skepticism he first encountered within the Brazilian government when he broached the idea. Some officials at the ministry of foreign affairs did not want to take on the world’s superpower over a farm issue” (NEW YORK TIMES, 2003a). No entanto, o Governo mudou em 2002 e as opiniões também. O NYT conta a história de como inicialmente o Governo pensava em acionar os subsídios norte-americanos à soja, optando, entretanto, pelo algodão (NEW YORK TIMES, 2003a).

Lendo os artigos de jornal, temos a impressão de que esta foi uma decisão política, vinda inicialmente do governo e que o Brasil era o paladino das nações em desenvolvimento. Ademais, as matérias parecem demonstrar que o sistema multilateral é bom, eficiente e deve ser usado, sobretudo porque funciona também a favor dos “pequenos” também. As repercussões simbólicas que surgiram

com o caso deram ao Brasil capital igualmente simbólico. Estas repercussões ajudaram o País a liderar o G20 em Cancún, a ter uma participação mais efetiva em reuniões do G8, mas, acima de tudo, estas repercussões mostraram que o Brasil, país em desenvolvimento, é capaz de brigar com os países desenvolvidos, em igualdade de condições, no turfe destes últimos. O Brasil passa a ser visto como alguém que domina as regras do jogo.

É importante lembrar que esta não foi a primeira vitória do Brasil contra um país desenvolvido. No entanto, a especificidade do caso, fato de versar sobre subsídios agrícolas em um mercado no qual os países em desenvolvimento são naturalmente mais competitivos, foi o que tornou o caso tão popular na mídia. No entanto, minha experiência foi outra e permitiu uma visão mais ampla e crítica.

1.1.3 Bastidores

Antes de começar a minha descrição densa, devo tecer algumas considerações preliminares. Estava em Genebra como estagiária de escritório de advocacia, portanto não tive tanto acesso aos “bastidores” de alguns fatos quanto seria necessário para o etnógrafo, embora eu tenha sido uma das trinta pessoas que estavam presentes na primeira reunião do Painel. No entanto, por razões pessoais, tenho bastante acesso a pessoas que participaram dos “bastidores” e que felizmente se sentem à vontade para conversar comigo. Por essa razão, parte da minha descrição densa vem do que me foi relatado. Ademais, não acredito que isto venha a ser um problema do ponto de vista metodológico. Em sua pesquisa, Abreu constatou que o acesso do antropólogo é sempre limitado. É verdade que o antropólogo nunca conhecerá todas as forças que integram o espaço estudado, no entanto, o que ele pode fazer é registrar a troca das palavras, encarar a linguagem como uma ferramenta e consequentemente obedecer ao princípio de Wittgenstein em que o uso da palavra determina seu significado. Por exemplo, não tendo acesso a uma reunião, registra-se o que falaram sobre a reunião e os possíveis significados. Mesmo porque o importante para o antropólogo é “a maneira como eles [os fenômenos] são percebidos pelos participantes desse mundo” (ABREU, 2005).

O processo de obtenção de casos por um escritório de advocacia na OMC é bastante peculiar. No caso do algodão, por exemplo, o caso não surgiu de uma

decisão política do governo nem de uma indústria “antenada”. O caso foi identificado por um escritório que criou sua própria demanda. É lógico que este fenômeno não é peculiar ao mundo da OMC, no entanto, está localizado dentro de uma lógica diferente e tem um significado peculiar para quem a vive.

Os advogados ficam atentos à redação de novas leis, notícias de jornais, o estado de mercados e preços de mercadorias e, após conduzirem o estudo apropriado, apresentam um memorando aos representantes governamentais ou à indústria. Este memorando geralmente descreve a situação e explica ao endereçado por que a fortuna que ele gastaria para contratar advogados não se compara ao quanto ele vai ganhar com a causa. É claro que nem todos os casos são assim. Existem casos em que o governo, a indústria ou uma empresa decidem sozinhos que deveriam acionar o mecanismo de solução de controvérsias da OMC.

Especificamente no caso do algodão, durante o meu primeiro mês de estágio, trabalhei em conjunto com o sócio-diretor do escritório em Genebra, J., ex-membro do USTR (United States Trade Representatives – espécie de Ministério de Comércio norte-americano) verificando a viabilidade de um país de economia agrícola questionar o novo regime de subsídios agrícolas norte-americanos, o “Farm Bill”. O J. estava seguindo sua intuição, e as notícias de jornal que descreviam os novos subsídios que pareciam ser tão absurdos do ponto de vista da OMC.

Inicialmente, o J. pediu que eu acompanhasse o preço da soja, em caráter exploratório, *commodity* em que o Brasil era extremamente competitivo e estudasse o procedimento para pagamento de subsídios, por exemplo, quantos tipos de subsídio existem, quais são os requisitos para recebê-los. Eu passava a maior parte do dia lendo sobre o mercado de soja e as leis respectivas. A minha informação vinha toda do USDA – United States Department of Agriculture – para que os Estados Unidos não pudesse questionar nossos dados quando eventualmente apresentados ao Painel.

Durante o mês de julho de 2002, os preços da soja no mercado mundial subiram e as projeções previam que deveriam continuar subindo. Considerando que os subsídios americanos eram na maior parte *price contingent*, ou seja, a quantia repassada aos produtores dependia do preço mundial, eram mais altos quando os preços estavam baixos e vice-versa. Portanto, passamos a procurar

outro produto que poderia servir de base para o caso. Passamos a acompanhar tanto algodão quanto trigo. No entanto, trigo não é um dos produtos agrícolas que o Brasil mais exporta, nem em que ele é muito mais competitivo do que os Estados Unidos. Já o algodão é um produto importante para a economia brasileira e em que o Brasil é bastante competitivo.

Os preços do algodão no mercado mundial estavam baixos, com previsões para abaixarem ainda mais, mas o mais impressionante era que o preço mundial era inferior ao custo de produção nos Estados Unidos e, assim mesmo, eles produziam cada vez mais.

Além disso, havia um fator adicional que não existia na soja, várias nações africanas têm como principal fonte de renda a produção de algodão. Com os preços mundiais tão baixos, os países africanos estavam sofrendo prejuízos sérios. Prejuízos que embora sejam graves no Brasil são muito superiores e ampliados na África.

Após quatro meses de trabalho exploratório para garantir que os Estados Unidos poderia ser acionado, o J. escreveu um memorando de quatro páginas, explicando o mecanismo norte americano de pagamento de subsídios e como eles afetam o preço mundial de alguns produtos agrícolas, principalmente o algodão. O memorando continha os números que analisamos e um esboço geral da análise legal.

É muito importante para um advogado manter boas relações nos Ministérios das Relações Exteriores, Desenvolvimento, Indústria e Comércio e Agricultura, além de ter acesso às diferentes associações que, em geral, pagam as despesas de apoio jurídico dos casos. Coquetéis, grupos de estudos, estágios, são todos instrumentos importantes para se inserir no meio e ser conhecido. No caso do algodão, por exemplo, o J. usou sua rede de relações para discutir informalmente seu memorando antes de propor oficialmente o caso.

A ideia inicial era representar um país africano. No entanto, o caso seria grande, daria muito trabalho e os governos destes países não tinham como pagar, além de temerem possíveis represálias políticas ou comerciais. Em seguida, o caso foi proposto ao Brasil e à Austrália. Por razões que desconheço, a Austrália não se interessou pelo caso. Percebemos que a causa originou antes da demanda. Foi proposta a vários países. No entanto, foi o Brasil que colheu os frutos da vitória. Foi apenas ele que ganhou o capital simbólico. É lógico que o

escritório que representou o Brasil também ganhou capital simbólico, embora tenha sido dentro de um campo mais restrito.

Neste caso houve a criação de uma demanda artificial. Talvez artificial seja uma palavra muito forte. Mas de uma demanda que a indústria, principalmente a brasileira, desconhecia, porque tinha na época pouca experiência e tradição com o mercado internacional e suas regras. Bourdieu (P. 833) afirma que o poder dos profissionais consiste em revelar direitos e manipular aspirações legais. Além do que, “The professionals create the need for their own services by redefining problems expressed in ordinary language as legal problems, translating them into the language of the law and proposing a prospective” (BOURDIEU, 1987).

Mas o processo nem sempre é assim. Por exemplo, no Caso dos Pneus⁵⁵, em que o Brasil figura no pólo passivo⁵⁶, vários escritórios de advocacia, após lerem a respeito no jornal ou terem ouvido falar do assunto de contatos em diferentes Ministérios, entraram em contato com a ANIP e fabricantes de pneus presentes no Brasil com uma análise preliminar do caso, de sua defesa e dos lucros que as empresas poderiam obter ao se defender. A razão pela qual os escritórios tomaram a iniciativa, mesmo com o Brasil figurando no pólo passivo, é que é do conhecimento de todos que o governo brasileiro, ao contrário dos Estados Unidos e da União Européia, não tem recursos, nem um número suficiente de profissionais para lidar com o grande número de casos de tal dimensão e importância. No entanto, a indústria não tinha uma posição unificada e ficou sob a responsabilidade do governo definir a posição do Brasil e defendê-la. Por essas razões, em 2006, o governo brasileiro realizou licitações para contratar escritórios de advocacia para auxiliar no caso dos pneus e, eventualmente, em outros casos.

É claro que a competição para defender contenciosos na OMC é muito acirrada. O número de casos é pequeno quando comparado ao judiciário de um país. No entanto, o valor das causas (e consequentemente dos honorários) é milionário. No Brasil há menos de 10 escritórios que estão investindo nessa área

⁵⁵ DS332: Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres (Complainant: European Communities).

⁵⁶ Brazil: As complainant — 22 cases: DS4, DS69, DS70, DS71, DS112, DS154, DS190, DS208, DS209, DS216, DS217, DS218, DS219, DS222, DS224, DS239, DS241, DS250, DS259, DS266, DS267, DS269; as respondent — 13 cases: DS22, DS30, DS46, DS51, DS52, DS65, DS81, DS116, DS183, DS197, DS199, DS229, DS332. Disponível em http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm#brazil. Acessado em 28 de fevereiro de 2006.

e apenas um que já atuou em contenciosos. No mundo, esse número não é muito maior. É necessária uma estrutura grande, com custos que permitam que uma equipe de advogados trabalhe em apenas um caso durante vários meses do ano. Também é necessário ter uma estrutura que permita contratações temporárias, para a época em que tiver mais trabalho, e permita a contratação de advogados que façam apenas pesquisas e não tenham que despendar tempo excessivo na captação de clientes. Por exemplo, o escritório em que trabalhei, apesar de pequeno era filial de um grande escritório americano que proporcionava-lhe toda a estrutura que precisava.

A missão brasileira junto à OMC criou em 2002 um programa de estágio para jovens advogados. O intuito do estágio é dar a advogados brasileiros a experiência de trabalhar em contenciosos no âmbito do OSC (Organismo de Solução de Controvérsias) e de melhor conhecer as disciplinas da OMC, o que auxiliaria na defesa do interesse de empresas que atuam no mercado externo. Todos os escritórios que estão seriamente tentando ingressar no mercado enviaram um advogado – ou mais – para realizar o estágio. Ali, eles também têm acesso aos representantes governamentais, especialmente aqueles da CGC (Coordenação Geral de Contenciosos do MRE) que é quem acaba decidindo, na prática, que casos serão adotados e quais serão abandonados.

Ao propor o contencioso ao Brasil, foram feitos contatos pessoalmente junto à ABRAPA e ao governo. Como foi exposto pelo NYT, o governo brasileiro foi muito reticente inicialmente ao aceitar o caso. Afinal, eles acreditam que havia vários fatores que precisavam ser considerados no plano político-estratégico. Se o Brasil perdesse, a OMC estaria afirmando de maneira categórica que os subsídios astronômicos norte-americanos são permissíveis. Isto poderia trazer prejuízos para outras áreas agrícolas. Além disso, se o Brasil não conseguisse provar que os subsídios eram ilegais, perderia sua força para negociar multilateralmente uma redução das barreiras e subsídios agrícolas e poderia minar a confiança que a indústria privada tem na OMC como foro para resolução de problemas comerciais. Além do mais, no plano teórico, esta seria a primeira derrota da CGC, sua credibilidade interna, política poderia ser afetada e o sistema como um todo desacreditado politicamente no Brasil. Este era um risco muito sério.

Além das razões jurídicas que causavam hesitação por parte do governo brasileiro, havia também uma resistência burocrática já que se tratava de uma

decisão que precisava ser tomada em conjunto por várias pessoas distribuídas em diversos ministérios. Com o passar do tempo e a progressiva produção de numerosos estudos econômicos que comprovavam que o Brasil tinha uma boa chance de ganhar, a entrada de um governo PT que estava precisando se afirmar no cenário internacional e uma indústria disposta a pagar, a conjuntura foi favorável ao caso.

Enquanto o governo brasileiro estava reticente, a ABRAPA, ao menos sua diretoria, estava mais animada. Os cotonicultores brasileiros estavam sofrendo prejuízos sérios devido ao baixo preço mundial e estavam sendo forçados a migrar para outros produtos agrícolas. Mas também não foi fácil para a ABRAPA aderir à causa, a maior parte dos associados não entendiam as consequências práticas de um caso que lhes custaria muito dinheiro.

No final, foram os dados econômicos que o escritório continuava desenvolvendo, compilando e analisando que convenceram a todos. O J. havia-me dito isto várias vezes ao longo dos meses em trabalhamos juntos. Ele me dizia constantemente que ser advogado era pesquisar os fatos. Sem os fatos, o caso não se montava. Durante o curso do processo vi que isto era extremamente importante e que isto se alinha com o discurso institucional que comentei acima. Além de colocar muita ênfase nos fatos, o J. também valorizava muito a percepção (dele ou dos demais – não sei) de que seu trabalho estava ajudando países em desenvolvimento a se protegerem dos subsídios “maléficos” dos Estados Unidos. A impressão que isso me deu foi de que o sistema também atribui muito valor ao “justo” e não apenas ao que está no texto.

Graças ao trabalho que desenvolvi em Genebra, a ABRAPA me pediu para passar seis meses com eles, entre fevereiro e julho de 2003, desenvolvendo os depoimentos dos agricultores que seriam submetidos ao Painel na primeira reunião. Isto me permitiu acompanhar o processo por outro ponto de vista, a do agricultor que está preocupado com o resultado objetivo.

Em minha opinião, esta foi a parte mais interessante do meu trabalho e que realmente me fez entender a magnitude e importância daquilo que estava fazendo. Na ocasião coletei e escrevi depoimentos dos agricultores que demonstravam como eles haviam sido afetados. Ficar olhando estatística é uma coisa, mas é outra ouvir pessoas que dedicavam suas vidas ao cultivo, dizerem que suas fazendas foram reduzidas pela metade porque elas não têm mais dinheiro para

cultivar toda a terra, ou porque tiveram que mudar de produto agrícola porque o cultivo do algodão, algo que faziam há anos, às vezes até há gerações, havia se tornado impraticável.

Por exemplo, um dos depoentes afirmou que:

Por experiência própria, pude conhecer novos mercados, assim como o da soja e do milho, os quais me fizeram diminuir o plantio do algodão, pois plantava uma área de 800 hectares, e reduzi para 500 hectares e passei a plantar 250 hectares de milho e 540 hectares de soja, isso porque o mercado de algodão é extremamente instável com relação à preços quando comparado com os mercados de outras culturas. Digo isto como cotonicultor que sou e que antes só falava em algodão, hoje, porém, não mais.⁵⁷

O Painel usou estes depoimentos como uma de suas razões de decidir que o Brasil estava sofrendo “*serious prejudice*” (prejuízo sério):

For example, Mr. Christopher Ward [...] states that, “[o]ver the past three years I have experienced lower prices for both my domestic Brazilian and export sales”. Another producer states that “I initiated my cotton planting in the 1998/99 crop year” and “was very encouraged with the prospect of getting a good profit margin”, doubling his acreage in crop year 1999/2000. This producer was “forced to sell” at low prices, subsequently reduced his planted area in crop year 2000/2001 by more than half and then “decided to abandon cotton planting”. A further producer indicates that he decided to reduce, as of the 2003/2004 crop year, his planted area by 50 per cent, and would only change his decision if “there is a further substantial rise in current prices”. A different producer indicates that he is no longer planting cotton and the last time he planted was in 2000/2001, with an area of 100 hectares. According to him, “[t]he lack of adequate price and elevated costs when compared to other cultures led me to stop producing cotton.” Yet another producer indicates that he reduced his cotton plated area “during this last crop-year due to last crop’s prices, which left us quite dispirited.”⁵⁸

⁵⁷ Depoimento do Sr. Clodoaldo Aparecido da Cruz. Exhibit BRA – Primeira Petição do Brasil.

⁵⁸ United States – Subsidies on Upland Cotton. WT/DS267/R

Os depoimentos realmente demonstravam que o custo brasileiro de produção era mais baixo, as terras necessitavam de número menor de aditivos artificiais; e, que não faltava espaço, mas mesmo assim não conseguíamos competir. Lendo depoimentos, lendo nomes e ouvindo histórias, o caso se tornou real na minha cabeça. Estes depoimentos foram incluídos como anexos à primeira petição brasileira.

Quando retornei em dezembro de 2002, o caso já havia começado, e o meu trabalho de pesquisa se intensificou. Continuei fazendo pesquisas econômicas sobre dispêndio dos vários tipo de programas em períodos determinados, médias, valores absolutos, tendências etc. Para cada conjunto de dados eu desenvolvia uma tabela e gráficos representativos. Geralmente, os advogados precisavam interpretar um conjunto de dados de certa maneira para que seu argumento jurídico fizesse sentido. Eu passei dois meses e meio apenas fazendo este tipo de trabalho.

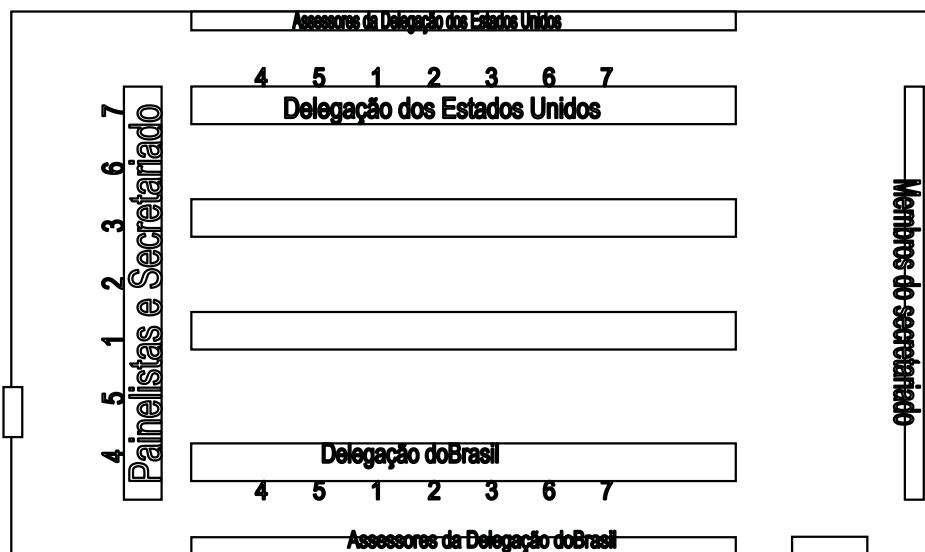
Durante meu estágio, tive a oportunidade de participar da primeira reunião do painel do Caso do Algodão. Foram três dias de reunião começando às nove horas e indo até o meio dia ou uma hora da tarde, recomeçando às 14 horas e se prolongando até as 18 horas.

No primeiro dia houve a leitura das declarações dos terceiros interessados (*third party statements*). Foi um dia inteiro em que os diversos terceiros interessados leram suas petições. As leituras duraram o dia inteiro e foram feitas em uma sala grande que tinha espaço suficiente para os painelistas, o secretariado e as delegações das Partes e dos terceiros interessados.

No segundo e no terceiro dia, a reunião esteve aberta apenas para as Partes. Na sala era permitida apenas a presença das duas delegações, os membros do secretariado e os painelistas. Esta restrição se deve ao fato de a disputa envolver dados confidenciais e segredos de Estado. A sala era de um tamanho médio, um terço do tamanho da sala do primeiro dia, mas com pé direito alto, bem iluminada e vista para o jardim e o lago.

O Painel foi integrado pelos senhores Dariusz Rosati (Polônia), Mario Mattus (Chile) e Daniel Moulis (Austrália). A importância de ser conhecido e ter uma boa reputação é extremamente importante durante o painel. Por exemplo, O Sr. Rosati, presidente do Painel, já havia servido em dez casos diferentes, inclusive em um caso aonde o Ministro Roberto Azevêdo também foi painalista (DS – 202) e em outros quatro casos envolvendo o Brasil em que o Ministro era

o litigante brasileiro. Neste caso, os dois já se conheciam bem pessoalmente e profissionalmente e isto torna o trabalho de convencimento do Brasil mais fácil.



O número 1 de cada lado é o “chefe do contencioso” (*chief litigator*) de cada delegação. Neste caso, a delegação brasileira foi liderada pelo Ministro Roberto Azevêdo, diplomata e então Coordenador Geral de Contenciosos (hoje Chefe do Departamento Econômico do MRE), e a delegação norte-americana por um advogado do USTR. À esquerda do nº 1 sentou-se o advogado J. (nº 5), advogado que coordenou o caso e à sua direita o advogado L. (nº 2), *trade analyst* do escritório que fez a maior parte do trabalho técnico em conjunto com o J. e que tinha como função principal saber todos os fatos. Eu estava sentada junto com os assessores da delegação do Brasil.

A apresentação do Brasil naquele dia tinha cerca de duzentas páginas e a dos Estados Unidos, cem. As leituras feitas em voz alta não foram nada chatas. A adrenalina era tamanha que poucas pessoas sequer levantavam para ir ao banheiro, apesar de permanecerem lá durante horas.

A apresentação do Brasil abria com uma citação do Sr. Kenneth B. Hood Presidente do National Cotton Council of América (NCC – a associação de produtores de algodão norte-americana): “The Delta needs cotton farmers, and they can’t exist without subsidies”⁵⁹ e continha vários dados, extraídos do seu site, que demonstra-

⁵⁹ The Wall Street Journal, 26 June 2002, p. A1.

vam a maneira como os subsídios americanos deprimiam os preços. No dia seguinte à reunião do painel, o site do NCC saiu do ar, voltando a funcionar apenas alguns dias depois, com vários dados e declarações devidamente expurgados.

A estratégia do Brasil foi essencialmente usar os dados econômicos dos Estados Unidos contra ele mesmo, usando como instrumento de legitimação um economista americano de reputação ilibada, e mostrando que os produtores brasileiros estão efetivamente sofrendo, apelando para o discurso institucional que prega o bem-estar social dos cidadãos dos membros.

Já a estratégia dos Estados Unidos era transformar o caso em uma disputa processual em vez de substantiva. Eles queriam que um “mini-painel” fosse estabelecido para determinar se eles poderiam ser acionados de acordo com o artigo 13 do AA, a cláusula de paz, já que eles argumentavam que só poderiam ser acionados se o Brasil provasse que os dispêndios com subsídios haviam superado os níveis de 1992. No entanto, este argumento não fez sentido para o painel. Ele decidiu que não havia previsão no ESC para a formação de um “mini-painel” e que, embora a frase contida no artigo 13 “isento de ações” (*exempt from actions*) realmente protegesse os Estados Unidos de um procedimento de resolução de disputas, a determinação sobre se os Estados Unidos estava protegido ou não pela cláusula de paz era assunto substantivo, parte integral da disputa, e não processual, como defendia os Estados Unidos.

Após as apresentações, o Painel fez inúmeras perguntas às Partes. Algumas das perguntas, feitas durante a própria reunião, tinham como objetivo confrontar alegações de fato ou de direito feitas pelas Partes. Em seguida o Painel afirmou que enviaria às Partes uma lista de perguntas por escrito.

Cada lado pode ter especialistas que fazem análises econômicas ou que discorrem sobre um tema ou outro. No Caso do Algodão, o Professor Daniel Sumner, economista da UC Davis, foi contratado pelo Brasil para analisar os subsídios agrícolas americanos e seus efeitos. O Prof. Sumner tinha credibilidade porque, além de ser reconhecido pesquisador na área, tinha sido Subsecretário de Agricultura (*Undersecretary of Agriculture*) durante o governo do Presidente George H.W. Bush. Na época em que a decisão preliminar do painel foi publicada, citando a pesquisa do Prof. Sumner como uma das principais razões de decidir a favor do Brasil, ele foi acusado de traidor pelo lobby agrícola norte-americano em artigo publicado no Washington Post (BLUSTEIN, 2004). Ade-

mais, algumas de suas pesquisas perderam financiamento e ele foi chamado para dar explicações em várias comissões agrícolas do Congresso norte-americano.

O interessante do papel que o Prof. Sumner teve no caso é que ele foi contratado para usar os dados oficiais dos Estados Unidos sobre subsídios agrícolas contra o próprio Estados Unidos. Ele utilizou dados do USDA, com a metodologia do USDA e comprovou que os subsídios norte-americanos estavam deprimindo os preços do mercado mundial.

O papel do Prof. Sumner foi de dar efetividade simbólica aos dados. Afinal, tratava-se de depoimento do *undersecretary of agriculture* do ex Presidente dos Estados Unidos, pai do atual Presidente. Tratava-se de ataque a uma lei que havia causado um grande alvoroço nos Estados Unidos quando editada por que demonstrou que o Presidente continuava fiel ao lobby dos estados tradicionalmente republicanos que o elegeram. O fato de o Prof. Sumner ser quem ele é prestou enorme credibilidade à sua pesquisa. Fazia sentido ter alguém que conhecia o funcionamento do sistema de subsídios norte-americanos na prática e não apenas no plano formal. Tratava-se de uma subversão do sistema pelo próprio sistema. É interessante notar que o Prof. Sumner tinha consciência do fato de que seu trabalho seria prejudicado e que sua reputação nos Estados Unidos poderia sofrer; então por que ele fez isto? Não sei a resposta a esta pergunta, mas sei que outros economistas americanos importantes e especialistas em subsídios agrícolas contribuíram de maneira anônima à sua pesquisa. Quando indagado por um dos membros da delegação brasileira sobre sua decisão de apoiar o caso brasileiro, o Prof. Sumner limitava-se a dexter que agia como um profissional; confiava na imparcialidade e solidez de seu trabalho; e acreditava na causa – qual seja a de que havia muito dinheiro sendo gasto para manter produtores ineficientes.

Minha participação no caso do algodão acabou em agosto de 2003 após a primeira reunião do Painel. No entanto, tive contato novamente com a indústria em dezembro de 2004 quando fui convidada para o jantar anual da ABRAPA que foi realizado no Blue Tree de Brasília. Neste jantar há sempre dois homenageados. Naquela ocasião, um dos homenageados foi o Ministro Roberto Azevedo. O prêmio que recebeu é dado anualmente à alguém de fora da associação que contribui de alguma maneira ao mercado brasileiro de algodão.

O jantar de gala reuniu aproximadamente 1.000 pessoas. Tanto os discursos que ouvi quanto as pessoas que vinham falar com o Ministro Azevedo

demonstravam posturas bastante diferentes do ceticismo que prevalecia entre os associados da ABRAPA quando do início do caso. Eles agradeciam generosamente e diziam que este caso mudara a vida deles, que se tornariam mais competitivos. Eles louvavam a coragem do governo em apoiar a indústria doméstica e desafiar os subsídios maléficos de uma superpotência.

Ao analisar o dia-a-dia do funcionamento da instituição, vemos como que as regras do *habitus* são empregadas pelos atores na prática. Por exemplo, os argumentos usados pelo Brasil em suas petições não são argumentos que se esgotam no plano jurídico. Eles valem-se de argumentos técnicos, econômicos, sociais e factuais, sempre de forma a fazer sentido à luz das regras e já precisam conter dentro de si o argumento jurídico. Afinal, os fatos não têm significado sozinhos, precisam de um sistema conceitual para dar-lhes sentido. Mas, da mesma maneira que o fato não pode ser argumentado sozinho, argumentar apenas a regra em um campo como a OMC também não é suficiente.

Quem faz esta mediação entre a linguagem do *habitus* e a linguagem jurídica é o litigante – tanto o advogado quanto o delegado treinado em litígio – que traduz para a linguagem do *habitus* os argumentos jurídicos e factuais, de maneira a sensibilizar os painelistas. Isto ocorre em diversas circunstâncias e não apenas na apresentação dos seus argumentos. Por exemplo, os litigantes têm outra importante função: eles precisam desnudar o discurso opaco, as falácias e contradições empregadas pela parte adversária. No presente caso, isto foi feito por meio da explicação do funcionamento das medidas de subsídios, para que elas se tornem inteligíveis ao painalista e ao secretariado. Isto é essencial, pois o outro procurará esconder as fraquezas de seu discurso e de seus argumentos, por meio do emprego de lógica complexa ou sutil, que privilegie seus pontos de vista. Outra função é de fazer a mediação entre o local e o global, que também é local, ao retraduzir para a linguagem do *habitus* o que está sendo dito no Brasil pelos produtores. Vemos que o litigante tem que ser capaz de unir a metodologia dos subsídios norte-americanos, reorganizada a partir de uma perspectiva global, incorporar os fatos aos argumentos jurídicos de tal maneira que eles pareçam um só e fazer com que os sentimentos de um produtor local façam sentido em um campo jurídico muito particular. Uma tática utilizada pelo escritório para trazer o local brasileiro mais perto da realidade do *habitus* foi utilizar para depor em nome dos produtores de algodão brasileiro, um produtor de origem neozelandês que estava radicado no Brasil há muito tempo.

É importante notar que neste campo a linguagem não pode ser vista em seu sentido estrito e apenas de maneira referencial. Aqui, a linguagem envolve também aspectos mais amplos como a estratégia, o significado, o significante. Na realidade, neste campo, o uso, em seu sentido mais amplo, da linguagem determina seu significado, como já exposto por Wittgenstein.

Essa dimensão da linguagem pode ser ilustrada pelo processo de decisão quanto ao estudo econométrico que sustentaria a reclamação brasileira. Cientes da tradicional relutância dos painelistas da OMC em aprofundar o exame factual quando este envolve incertezas, a equipe brasileira optou por oferecer conforto ao painalista na análise dos impactos dos subsídios norte-americanos. Assim, dentre as várias alternativas que se apresentaram em termos de análises e estudos econométricos, optou-se pelo emprego de dados americanos, analisados por um especialista também americano, com a metodologia de cálculo igualmente americana, para provar que os subsídios americanos eram distorcivos. Tratava-se de um analista que tinha participado dos estudos que levaram à elaboração da lei agrícola americana no Governo Bush pai e de metodologia empregada pelo próprio governo norte-americano, notadamente o Congresso, para avaliar os efeitos dos programas questionados na OMC.

Foi, portanto, a capacidade do litigante de interpretar a predisposição dos painelistas em evitar decisões factuais com grande potencial de controvérsia que levou a uma decisão que neutralizou a já antecipada tática americana de criar uma defesa opaca, polêmica que geraria infundáveis e inconclusivas discussões de cunho metodológico. De fato, os norte-americanos jamais chegaram a apresentar uma crítica crível ao modelo apresentado pelo Prof. Sumner. A apresentação pelo Brasil deste modelo teve como objetivo dar conforto ao painalista em sua razão de decidir. Os litigantes brasileiros já sabiam que o Painel provavelmente não citaria seu modelo como razão fundamental para sua tomada de decisão, mas eles sabiam que com ele o Painel se sentiria mais a vontade para decidir com base na equidade.

Esta tática deu credibilidade ao Brasil. Afinal, os painelistas nem sempre têm uma formação jurídica e/ou econômica. Portanto, é muito importante ter argumentos inteligíveis e legítimos, que você saiba de antemão serão aceitos pelos painelistas. É aqui que vemos a importância fundamental do conhecimento das regras do *habitus* e de saber operá-las: este conhecimento da predisposição

dos painelistas não vem da leitura dos códigos, nem da leitura da jurisprudência. Afinal, a jurisprudência pode resumir em um ou dois parágrafos uma discussão que levou horas ou dias. Este conhecimento vem da sensibilidade do litigante que, por meio de sua experiência prática, infere a dificuldade que um painel tem de decidir um assunto por causa da forma como eles o tratam nas reuniões, do número de horas que eles levam para tratar a questão e do número de perguntas feitas às partes.

Em suma, para se atuar em um campo específico como o a OMC, é preciso que o litigante esteja familiarizado com as regras do *habitus* porque sem elas suas chances de litigar de maneira eficiente são mínimas, sobretudo se confrontado com adversários proficientes na linguagem do campo. Afinal, como demonstrado, o êxito não está associado apenas ao conhecimento técnico e jurídico do direito, mas da forma como esses conhecimentos são empregados como instrumentos e refletidos na argumentação dos litigantes. Da mesma forma, esse domínio de linguagem, embora analisado nesta monografia do ponto de vista de solução de controvérsias, tem repercussões em todas as atividades da Organização. Isto reflete bem o que é exposto por Bourdieu quando fala das influências que campos vizinhos exercem uns sobre os outros.

Conclusão

A minha formação jurídica no Brasil foi radicalmente diferente da experiência que tive na OMC. No Brasil, apesar de ter também trabalhado com direito econômico, percebi que o nosso sistema jurídico atribui grande valor às particularidades processuais e, sobretudo, aos argumentos jurídicos, restritos à letra da lei. Trabalhei em causas que tramitavam no STJ há anos para dirimir questões processuais. Este tipo de procedimento não faz sentido à luz da cultura da OMC. Os dois sistemas de direito são muito diferentes. Nenhum é melhor que o outro, mas o que percebemos é que nenhum faz sentido à luz do outro porque embora possam ter cláusulas ou instrumentos doutrinários semelhantes, a maneira de lidar com eles, o *habitus*, é completamente diferente. O mecanismo de solução de controvérsias da OMC, por ter como metas a agilidade e a eficácia na resolução de conflitos, tende a oferecer menos espaço para questões processuais. Uma decisão assentada estritamente em mérito processual retiraria a credibilidade do sistema e o elemento de equidade, que ele acredita ser essencial à sua sobrevivência.

O Caso do Algodão emprestou ao Brasil e à OMC uma efetividade simbólica que eles não detinham antes do litígio. O Caso ajudou a desmistificar o discurso liberal americano, que em muito se assemelha ao discurso liberal da OMC, e despertou outros países em desenvolvimento, principalmente os pequenos, para a conjuntura econômica desequilibrada e para a “efetividade” do sistema. O impacto que o contencioso teve ao desnudar para o mundo as incongruências entre o discurso liberal americano e a realidade de suas práticas comerciais foi tão grande que afetou também as negociações multilaterais nas mais diversas áreas.

No entanto, é importante lembrar que o Caso ainda não surtiu nenhum efeito prático direto ou expressivo. A maior parte dos subsídios norte-americanos continua basicamente inalterada, mas o Brasil ganhou capital simbólico e com isso demonstrou possuir um poder muito sutil, o de saber montar uma estratégia de uso da palavra, de usar o mecanismo do outro contra ele próprio e de ser bem-sucedido ao fazer isto. O domínio da linguagem do campo pelo Brasil, embora nem sempre consciente, inclusive em saber escolher os litígios e deles retirar ganhos que transcendem os valores jurídicos, ajuda a diferenciar o país no âmbito da Organização, atribuindo-lhe relevância que outros mais poderosos – o Japão por exemplo – não desfrutam.

Há aqueles que dizem que a OMC não é um foro e não é uma instituição. Eles dizem que a OMC não passa de uma mesa. Uma mesa à qual todos sentam para negociar. Não concordo. Não me parece tão simples assim. A OMC é um campo jurídico muito peculiar que deve ser entendido sempre à luz de suas próprias regras e sistemas de significância.

Referências

ABREU, Luiz Eduardo. A troca das palavras e a troca das coisas. Política e linguagem no Congresso Nacional. *Mana*, Oct. 2005, vol.11, no.2, p.329-356. ISSN 0104-9313.

BACCHUS, James. Groping Towards Grotius: The WTO and the International Rule of Law. *Harvard International Law Journal*, v. 44 n. 2. 2003.

BACCHUS, James. The Bicycle Club: Affirming the American Interest in the Future of the WTO. Address to the Washington International Trade Association, Washington, D.C. November 12, 2002. Disponível em <http://www.worldtradelaw.net/articles/2bicycle.pdf>. Acessado em 13 de maio de 2005.

BACCHUS, James. The Strange Death of Sir Francis Bacon: The Dos and Don'ts of Appellate Advocacy in the WTO. Address by James Bacchus. The Barber-Surgeons Hall Monkswell Square. London, United Kingdom. June 20, 2003. <http://www.worldtradelaw.net/articles/bacchusbacon.pdf>. Acessado em 26 de julho de 2006.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

BLUSTEIN, Paul. In U.S., Cotton Cries Betrayal. *Washington Post Staff Writer*. May 12, 2004; Page E01.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *Razões Práticas sobre a teoria da ação*. São Paulo: Papirus, 1996.

BOURDIEU, Pierre. The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field. *Hastings Law Journal*, Volume 38, July 1987.

CARBONNIER, J. *Flexible Droit, Textes Pour Une Sociologie Du Droit Sans Rigueur*. 5ème Ed. Paris : Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1983.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. Direitos, Insulto e Cidadania (Existe Violência Sem Agressão Moral?). In: *Série Antropologia*. Brasília, 2005.

CHARNOVITZ, Steve. *The WTO and the Rights of the Individual*. 36 *Intereconomics* 98 (2001).

CHARNOVITZ, Steve. *The WTO's Problematic "Last Resort" Against Noncompliance*. *Aussenwirtschaft*, Dezembro 2002 (revisado em 14 de agosto de 2003).

CROLEY, Steven and JACKSON, John. WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments. *American Journal of International Law*, v. 90, n. 2, April, 1996, 193-213.

DURKHEIM, Emile. *Les formes élémentaires de la vie religieuse*. Paris: 4a ed. Quadrige/PUF, 1960.

ELLUL, Jacques. *Le problème de l'émergence du droit*. 1 *ANNALES DE BORDEAUX* 6, 15 (1976).

GEERTZ, Clifford. *Local Knowledge*. Nova York: Basic Books, 1983.

GEERTZ, Clifford. *The Interpretation of Cultures*. New York: Basic Books, 1973.

INSTITUTO DE ESTUDOS DO COMÉRCIO E NEGOCIAÇÕES INTERNACIONAIS - ICONE. "EUA - Algodão". <http://www.iconebrasil.org.br/portugues/conteudo.asp?idCategoria=7&Integra=Sim&idpalavra=52>. Acessado em 26 de julho de 2006.

JACKSON, John H. *Fragmentation or Unification among International Institutions: The World Trade Organization*. 31 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 823 (1999).

JACKSON, John. *The Great 1994 Sovereignty Debate: United States Acceptance and Implementation of the Uruguay Round Results*. 36 Columbia Journal of Transnational Law, 157, 1997.

JACKSON, John. *The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstanding on the Nature of Legal Obligations*. American Journal of International Law, Volume 91, Issue 1. January, 1997.

LAFER, Celso. “The World Trade Organization Dispute Settlement System.” Lecture delivered on 18 June, 1996. United Nations, 1996.

MAREGA, Flávio. *O Governo brasileiro e o setor privado no contencioso Brasil/EUA sobre algodão – Exemplo de parceria em formação*. Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento. <http://www.idcid.org.br>.

MAUSS, Marcel. Ensaio Sobre a Dádiva. In: *Sociologia e Antropologia*. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. “Contencioso Brasil-EUA sobre Subsídios ao Algodão” - Nota nº 110 - 03/03/2005. Distribuição 22 e 23. http://www.mre.gov.br/portugues/imprensa/nota_detalhe.asp?ID_RELEASE=2862 Acessado em 26 de julho de 2006.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. “Resumo do funcionamento do sistema de solução de controvérsias na OMC” http://www.mre.gov.br/portugues/questoes/questoes/p_omc.asp. Acessado em 26 de julho de 2006.

MOELLENDORF, Darrel. “The World Trade Organization and Egalitarian Justice”. In: *Metaphilosophy*, Vol. 36, Nos. 1/ 2. January, 2005.

MOORE, Sally Falk. *Dividing the pot of gold. Social and symbolic elements in an instrumental negotiation*. In: *Negotiation Journal*. Volume 1, Number 1 January 1985, páginas 29 – 43.

MOORE, Sally Falk. *Law as a process: an anthropological approach. Uncertainties in situations, indeterminacies in culture*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1975.

MORGENTHAU, Hans J. *A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz*. Brasília: Edunb, IPRI; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003.

NEW YORK TIMES. “African Nations Press for an End to Cotton Subsidies in the West”. New York Times, 12 de setembro de 2003b.

NEW YORK TIMES. “Brazil Wins Rulings On 2 Trade Issues” New York Times, 9 de setembro de 2004.

NEW YORK TIMES. "Brazil's Road to Victory Over U.S. Cotton". New York Times, 4 de maio de 2003a.

NEW YORK TIMES. "The Cancún Failure". New York Times, 16 de setembro de 2003c.

PAUWELYN, Joost. "The Role of Public International Law in the WTO". In: The American Journal of International Law. Vol. 95. 2001

PAUWELYN, Joost. *The Limits of Litigation: "Americanization" and Negotiation in the Settlement of WTO Dispute*. 19 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 121 (2003).

SARHAN, Karim. "The ABCs of WTO Dispute Settlement". In: Dispute Resolution Journal, November 2005/January 2006. 2006

SAUSSURE, Ferdinand. *Cours de linguistique générale. Édition critique préparée par Tullio de Mauro*. 3ème. Paris: Payot & Rivages, 1995.

SCHEPPELE, Kim. *Constitutional Ethnography: An Introduction*. Law & Society Review, Volume 38, Number 3 (2004).

SHAFFER, Gregory. "The Challenges of WTO Law: Strategies for Developing Country Adaptation." The WTO at 10: The Role of Developing Countries in Negotiations and Dispute Settlement. Cairo, Egypt, Feb. 11-13, 2006. <http://www.worldtradelaw.net/articles/shafferdc.pdf>. Acessado em 01 de julho de 2006.

TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. Multiculturalismo. Instituto Piaget, 1998.

WOLFE, Robert. See you in Geneva? Pluralism and centralism in legal representations of the trading system. *European Journal of International Relations*, v. 11, n. 3, 339-365, 2005. Disponível em <http://www.worldtradelaw.net/articles/wolfegeneva.pdf>. Acessado em 16 de julho de 2006.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *10 benefits of the WTO Trading System*. Geneva: WTO Publications. 2008a.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *10 common misunderstandings about the WTO*. Geneva: WTO Publications. 2008b.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Annex 2 – Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes. *Uruguay Round Agreement*. 8 de dezembro de 2004. Disponível em http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu_e.htm. Acessado em 11 de julho de 2006.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Marrakesh Declaration of 15 April 1994. 1994. *Uruguay Round Agreement*. http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/marrakesh_decl_e.htm. Acessado em 11 de julho de 2006.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Relatório do Órgão de Apelação*. http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_reports_e.htm. Acessado em 26 de julho de 2006.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *The Legal Texts. The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*. Cambridge University Press, 1999.

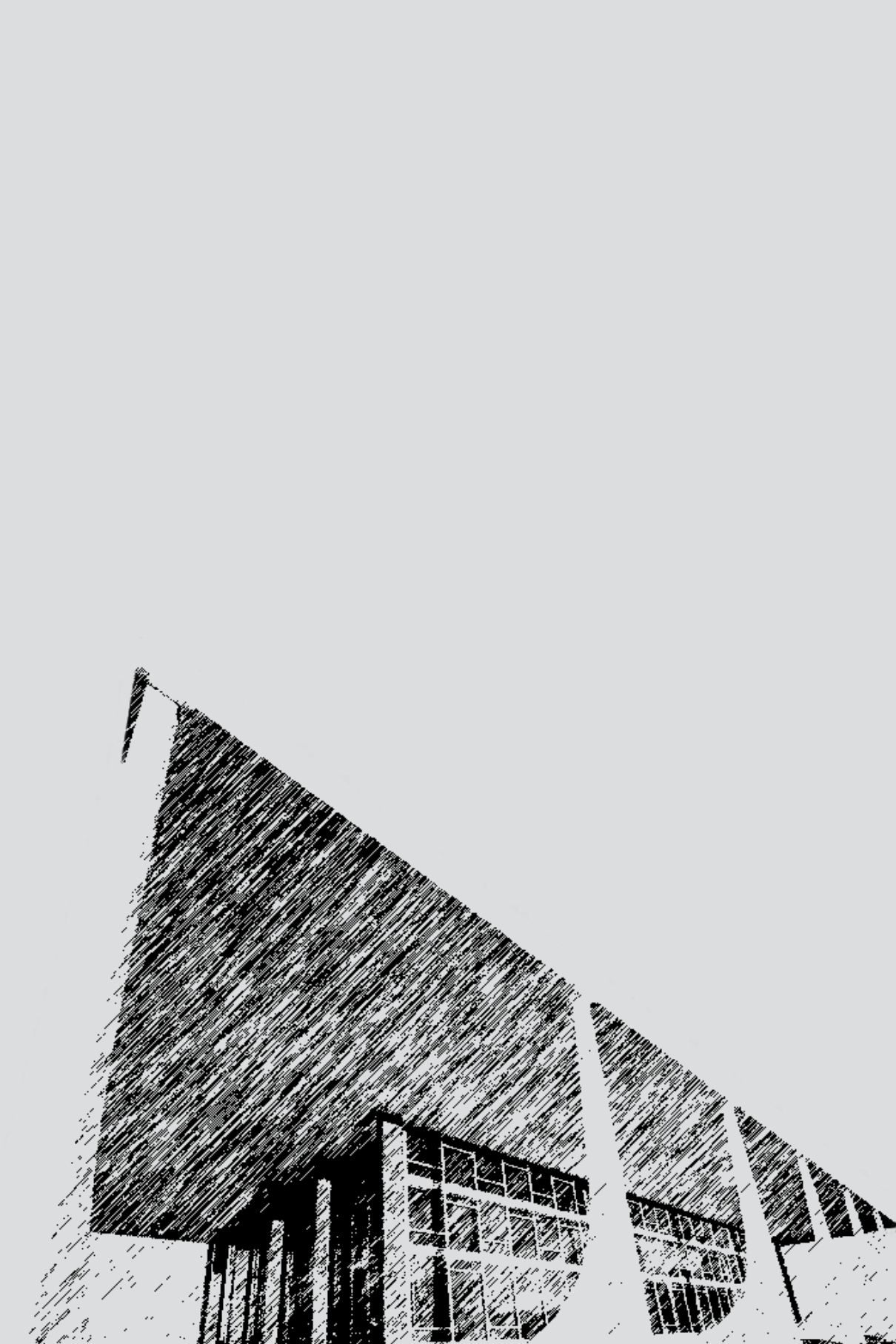
WORLD TRADE ORGANIZATION. *The World Trade Organization*. Geneva: WTO Publications, 2003. http://www.wto.org/english/res_e/doload_e/inbr_e.pdf - Acessado em 13 de maio de 2005.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *The WTO Building – Centre William Rappard*. <http://www.wto.org>. Acessado em 10 de julho de 2006.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Uruguay Round Agreement*. - General Agreement on Trade and Tariffs (GATT)” http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e.htm. Acessado em 11 de julho de 2006.

WORLDTRADELAW.NET. “Panel Report United States - Subsidies on Upland Cotton – Dispute Settlement Commentary”. WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary (DSC) © 2004 WorldTradeLaw.net LLC, All rights reserved. <http://www.worldtradelaw.net>. Acessado em 15 de julho de 2006.

WORLDTRADELAW.NET. “Panel Report United States - Subsidies on Upland Cotton – Dispute Settlement Commentary”. WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary (DSC) © 2004 WorldTradeLaw.net LLC, All rights reserved. <http://www.worldtradelaw.net>. Acessado em 15 de julho de 2006.



SE O MEU FATO FALASSE: UM OLHAR ETNOGRÁFICO SOBRE A CONSTRUÇÃO DOS FATOS NA AUDIÊNCIA TRABALHISTA¹²

Wellington Holanda Morais Júnior

“Doutor, nós não queremos que a nossa servidora tenha LER.

Basta que o senhor se reporte aos termos da inicial.”

(Trecho de uma conversa em que a juíza pediu ao advogado da reclamante para que não se alongasse em sua réplica)

Introdução

O presente trabalho visa à análise, por meio da etnografia, de como são construídos os fatos na audiência trabalhista. O título da monografia *“Se o meu fato falasse”* é um empréstimo autorizado da monografia de conclusão de curso do nosso orientador (ABREU, 1992). Uma das ideias que nos guiam é a de que existem regularidades nas audiências trabalhistas, que funcionariam como “um sistema de regras,” que, muitas vezes, podem não estar escritas, embora não dispensem necessariamente as regras codificadas ou legais, mesmo que possa enunciar um caminho completamente diferente da regra legal. Uma das ideias presentes é a relação que existe entre as regras não escritas e as escritas. A regra escrita traça certos limites para a atuação dos atores sociais na audiência trabalhista; contudo, as regras não escritas possuem certa margem de liberdade e atuação que podem distorcer as regras escritas. A proposta é “lançar um novo

¹ Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB, 2007. Terceira colocada na 2ª Edição do Prêmio “Victor Nunes Leal”, do Núcleo de Monografia do UniCEUB. Orientador: Dr. Luiz Eduardo de Lacerda Abreu.

² Ao meu orientador, Luiz Eduardo de Lacerda Abreu, que tratou de me mostrar a luz das ideias “claras e distintas” e, depois, destruiu tudo. No final, ele me orientou para a etnografia.

olhar sobre o Direito”, sob uma nova perspectiva e, se possível, evitando explicações por meio da linguagem propriamente jurídica. Entendemos que o Direito é extremamente autorreferencial, e não se cansa, às vezes, de olhar para o próprio umbigo, talvez na tentativa de que o seu umbigo (um bonito umbigo, por sinal) possa oferecer todas as respostas para os seus problemas e para os problemas que ele pretende resolver.

O trabalho é dividido em seis partes. A primeira delas é o “Mundo Jurídico e os Fatos Jurídicos”, na qual são expostas as ideias de Pontes de Miranda. A tentativa desta parte é oferecer a representação dos juristas para a sua prática e o seu pensamento, o que vai nos servir de contraponto à segunda parte: “A construção dos fatos científicos em Bruno Latour”. Esta última está centrada na exposição de ideias de Bruno Latour, principalmente no seu trabalho desenvolvido no livro *A vida de laboratório: a produção dos fatos científicos* (LATOURE & WOOLGAR, 1997). O trabalho de Latour serve para analisar o senso comum acerca da ideia de fato como algo real e “duro”. A terceira parte descreve o espaço físico do campo, a sala de audiências. A quarta trata da primeira fase da audiência trabalhista, chamada de audiência inaugural, e a quinta fala da segunda fase da audiência trabalhista, denominada audiência de instrução e julgamento. Por fim, a sexta é a descrição de uma audiência trabalhista.

O grande norte para a leitura é a tentativa de entender a construção social dos fatos na audiência trabalhista, ou, parafraseando o subtítulo de Latour, a produção dos fatos jurídicos.

Mundo jurídico e os fatos jurídicos em Pontes de Miranda

Os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos. Essas proposições, regras jurídicas, prevêm (ou vêem) que tais situações ocorrem, e incidem sobre elas, como se as marcassem. Em verdade, para quem está no mundo em que elas operam, as regras jurídicas marcam, dizem o que há de se considerar jurídico e, por exclusão, o que se não há de considerar jurídico. Onde ser útil pensar-se em termos de topologia: o que entra e o que não entra no mundo jurídico. *Mediante essas regras, consegue o homem diminuir, de muito, o arbitrário da vida social, a desordem dos interesses, o tumultuário dos movimen-*

tos humanos à cata do que deseja, ou do que lhe satisfaz algum apetite. (MIRANDA, 1999, p. 13, sem grifo no original)

Estas são as primeiras frases do prefácio da obra de um dos autores considerados pela comunidade jurídica como um dos maiores expoentes do Direito brasileiro: Pontes de Miranda. A obra em questão é uma obra de fôlego, *Tratado de Direito Privado*, composta de 60 volumes, concluído em 1970. O importante de Pontes de Miranda para essa monografia é o quão são representativas as ideias acerca de “mundo jurídico” e de “fatos jurídicos”³.

No primeiro capítulo da obra, Pontes de Miranda diz: “A regra jurídica é norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida” (MIRANDA 1999, p. 49). Ainda, o autor dá o conceito de fato: “Quando se fala de fatos alude-se a algo que ocorreu, ou ocorre, ou vai correr” (MIRANDA 1999, p. 13). Pontes de Miranda também enuncia algo que vai argumentar em torno da necessidade da compreensão do que seja “mundo jurídico” e “fato jurídico” como os pilares para a cientificidade do Direito, na interpretação de João Hélio de Farias Moraes Coutinho (2007). O enunciado de Pontes de Miranda é:

O mundo mesmo, em que vemos acontecerem os fatos, é a soma de todos os fatos que ocorreram e o campo em que os fatos futuros vão se dar. Por isso mesmo, só se vê o fato como novum no mundo. Temos, porém, no trato do direito, de discernir o mundo jurídico e o que, no mundo, não é mundo jurídico. *Por falta de atenção aos dois mundos, muitos erros se cometem e, o que é mais grave, se priva a inteligência humana de entender, intuir e dominar o direito.* (MIRANDA 1999, p. 49, sem grifo no original)

Um dos aspectos interessantes da afirmação supra de Pontes de Miranda é a de que, se o jurista (ou outro qualquer) não observar com atenção a distinção entre o mundo jurídico e o mundo dos fatos, cometerá “muitos erros” e, “mais grave”, não será possível ao homem “entender, intuir e dominar o direito”. Essa crença é fartamente reproduzida nos cursos do Direito. A advertência de Pontes de Miranda traz um elemento de persuasão sério, inclusive em virtude de quem a profere; ela diz que, se não compreendida (aceita) a ideia de que existem dois

³ As aspas utilizados nos termos “mundo jurídico” e “fatos jurídicos” objetivam dar ênfase à abordagem crítica sobre esses dois conceitos dos juristas.

mundos, o iniciado no direito “será privado” de “entender, intuir e dominar o direito”. Essa advertência é quase uma ameaça, nos seguintes termos: ou se aceita a teoria dos mundos jurídicos, ou você será incapaz de compreender o hermético conjunto dos conhecimentos jurídicos.

Essa forma de expor e argumentar sobre um postulado de uma teoria jurídica lembra uma situação envolvendo um aluno do 2º semestre de Direito e o seu professor de Direito Civil. O professor começou a sua aula dizendo: “O que eu vou lhes dizer agora é algo que deve ficar muito bem compreendido. Este é um ponto de que vocês não devem duvidar, pois sobre ele se assenta tudo o mais que estudaremos sobre Direito Civil. É um dogma e um postulado. Tudo o mais, talvez nós poderemos discutir; contudo, sobre o que lhes direi agora não será aceita qualquer discussão ou questionamento, portanto, aceitem.” Após esse longo discurso, que possivelmente tinha a intenção de despertar os alunos para o assunto tido realmente por importante entre os civilistas, ele disse: “O início da personalidade jurídica se dá com o nascimento com vida; somente a pessoa com vida pode ser sujeito de direitos”⁴ aluno, que já estava ansioso para saber qual o dogma indiscutível que seria anunciado, ouviu e imaginou que se tratava tão somente de mais um dos dogmas jurídicos, sem grandes consequências. Entretanto, após alguns minutos, na continuidade da aula, o professor destacou que, embora o início da personalidade civil se dê com o nascimento com vida (é de se pensar como seria o nascimento com morte), ele disse que a lei civil, contudo, “põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”⁵. Ele ainda concluiu dizendo que o nascituro terá resguardados os seus direitos, mas não é sujeito de direito, que não há incorporado ao seu patrimônio jurídico nenhum direito, pois ele não pode ter patrimônio jurídico, ficando condicionado à incorporação ao seu nascimento com vida. O aluno, com um intuito de questionar mesmo o que pareceu para ele uma incoerência, perguntou: “Como é que o nascituro não pode ser sujeito de direito, se o Código Civil diz que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”? Nesse momento, o professor se irritou e disse: “Olha, se esta questão não ficar muito clara, não se terá condições de falar mais nada. Eu adverti que esta questão deveria ser aceita. Só a pessoa pode ser sujeito de direitos e a pessoa

⁴ Lei n.º 10.406, de 10.01.2002. Institui o Código Civil. “Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

⁵ Idem.

surge com o nascimento com vida, em virtude da aquisição da personalidade civil. A lei fala em direitos do nascituro, mas ele não é sujeito de direitos.”

O professor se zangou com o questionamento, pois ele havia falado que aquele ponto era inegociável e indiscutível, era um dogma. O aluno, sabedor de que poderia causar polêmica, agiu com conhecimento das consequências. Depois da reação do professor, ele decidiu não falar mais nada e assentir como se desse por satisfeito. Na verdade, após a aula, ele descobriu que existiam outros juristas que questionavam o fato do nascituro não ser detentor de direito, bem como que, na Roma Antiga, até objetos eram passíveis de serem punidos, como é o caso de uma lança que poderia ser acusada de assassinato. O que o professor buscou foi propiciar a reprodução da crença (BOURDIEU & PASSERON, 1975). Houve uma verdadeira violência simbólica por parte do professor de Direito Civil, onde o sistema de ensino jurídico busca induzir o aluno a se compreender e enxergar o mundo segundo os critérios e padrões consubstanciados no discurso dominante. A formação jurídica precisa da incorporação, pelo aluno, de determinadas regras, conceitos, teorias etc., queira ele ou não. Assim como Pontes de Miranda ressaltou que há desatenção para a distinção entre “mundo dos fatos” e “mundo jurídico”, o professor de Direito Civil do nosso relato quis dizer que era necessário que fosse aceito pelos alunos a sua representação do direito sobre os conceitos de “sujeito de direito”, “personalidade civil”, sob pena de não ser possível compreender o Direito Civil. Para o aluno que tem intenção de se formar e participar da comunidade jurídica é muito grave não aceitar. Os credos devem ser aceitos para que se possa continuar frequentando, ser aceito e ter condições de conversar com as pessoas do campo social. Esse relato mostra que o ensino jurídico possibilita a manutenção do campo jurídico, uma vez que providencia a reprodução das crenças, das trocas simbólicas, do capital simbólico (BOURDIEU, 2005). O campo jurídico é fundamental para os fatos jurídicos, pois ele é completamente pensado por meio do “sistema de regras” do campo.

Voltando ao “mundo jurídico” e ao “fato jurídico” de Pontes de Miranda, o autor constrói o que se poderia chamar de uma verdadeira teoria do “mundo jurídico” e de seu elemento fundamental constitutivo: o fato jurídico. O sentido de teoria usado aqui poderia ser assemelhado ao conceito de “paradigma” de Kuhn, no sentido de que “um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma” (KUHN, 2003). A noção é a de que

a teoria do mundo jurídico representa e, ao mesmo tempo, funda e refunda a realidade que pretende explicar. O autor descreve com uma grande capacidade de síntese os contornos do “mundo jurídico”, que, dessa forma, merecem ser transcritos. Assim:

Todo o fato é, pois, mudança no mundo. O mundo compõe-se de fatos, em que novos fatos se dão. O mundo jurídico compõe-se de fatos jurídicos. Os fatos, que se passam no mundo jurídico, passam-se no mundo; portanto são. O mundo não é mais do que o total dos fatos e, se excluíssemos os fatos jurídicos, que tecem, de si mesmos o mundo jurídico, o mundo não seria a totalidade dos fatos, inclusive de fatos jurídicos, para que o quadro jurídico descreva o mundo jurídico, engastando-o no mundo total. Daí os primeiros enunciados: (a) O mundo jurídico está no conjunto a que se chama o mundo. (b) O mundo concorre com os fatos seus para que se construa o mundo jurídico; porém esse seleciona e estabelece a causação dos fatos. (MIRANDA, 1999, p. 51-2)

Dando continuidade à sua construção, o autor enuncia algo muito ouvido entre os juristas: “os fatos do mundo ou interessam ao Direito, ou não interessam” (MIRANDA, 1999, p. 52). Os fatos da vida para se tornarem fatos jurídicos necessitam que a norma jurídica incida sobre aqueles. Se a norma jurídica escolhe determinado fato da vida como relevante (seja lá por quais motivos), ele é denominado como suporte fático. O conceito de suporte fático deve ser visto em dois sentidos: existe o suporte fático hipotético, que é considerado como o enunciado lógico da norma jurídica que prevê a possibilidade do fato ocorrer; e existe o suporte fático concreto, que é o acontecimento no mundo dos fatos do fato previsto pela norma jurídica.

A incidência da regra jurídica é também um conceito importante. Pontes de Miranda diz que “não se deve confundir a incidência da norma com a conformidade do comportamento das pessoas com a regra jurídica.” Ele denomina respeitabilidade e a diferencia de incidência. A ideia de respeitabilidade, segundo Pontes de Miranda, concorre para equívocos, sendo que um deles é o de se procurar a razão para que as pessoas cumpram as regras. Ele ainda afirma que “a discussão acerca da causa para a observância das regras acabaria por transitar entre o íntimo dos indivíduos e o poder exterior da coerção estatal.” O argu-

mento principal de Pontes de Miranda é de que a incidência da lei independe da concretização de seus efeitos na realidade, logo, não requer a sua respeitabilidade. O autor afirma que “a incidência das regras jurídicas não falha; o que falha é o atendimento a ela” (MIRANDA, 1999, p. 58). A incidência alcança todos os fatos. Sobre isso, as palavras do autor: “A incidência das regras jurídicas é sobre todos os casos que ela tem como atingíveis. Nesse sentido, as regras jurídicas são de conteúdo determinado, e não se poderia deixar o arbítrio de alguém à incidência delas, ou não” (MIRANDA, 1999, p. 58). Outro aspecto importante é a infalibilidade da incidência da lei, como dito por Pontes de Miranda, “[a incidência da lei] é, portanto infalível” (MIRANDA, 1999, p. 62). A incidência da lei não se confunde com a sua aplicação ou execução, uma vez que são atos posteriores que podem, inclusive, não se efetivar.

As ideias constantes em Pontes de Miranda são encontradas em muitos manuais de Direito. Como exemplo, Maria Helena Diniz fala: “O fato jurídico *lato sensu* é o elemento que dá origem aos direitos subjetivos, impulsionando a criação da relação jurídica, concretizando as normas jurídicas” (DINIZ, 2003, P. 321). O que é a ideia de que a representação é reproduzida por meio do ensino jurídico.

Um último ponto em Pontes de Miranda que nos interessa para este trabalho é a noção acerca da causalidade dos fatos jurídicos. No momento em que a regra jurídica incide sobre um fato da vida, este passa a produzir efeitos no mundo jurídico. Segundo Pontes de Miranda, enquanto a regra jurídica existe, a causação prevista na norma é infalível; o fato jurídico produzirá os seus efeitos, que são delimitados pela regra jurídica, independente de sua aplicação. A causalidade do fato jurídico está no mundo jurídico como efeito do fato jurídico. A causalidade do fato jurídico, para Pontes de Miranda, ocorre sempre e infalivelmente, ainda que no mundo da vida a norma não seja interpretada corretamente, ainda que ela não seja aplicada ou ainda que sua aplicação seja incorreta.

As ideias de Pontes de Miranda indicam que existe uma única e verdadeira consequência jurídica (efeitos jurídicos), sendo que, assim, caberia aos juristas trabalharem com a busca pela verdade e alcançá-la, como bons “cientistas do Direito.” Como afirmamos antes, a criação de um mundo jurídico e de fatos jurídicos, inspirados nas leis naturais e nas ciências exatas, possibilitaria o tratamento do Direito enquanto ciência, assim como quis Hans Kelsen (1998). Segundo Pontes

de Miranda, acerca da existência do “mundo jurídico” perfeitamente comparável com o “mundo dos fatos” e suas “leis físicas”, seria possível imaginar que os erros praticados pelos juristas ao não estabelecerem a perfeita aplicação da norma jurídica, que corresponderia ao que ocorreu no “mundo jurídico”, poderiam ser explicados pela existência dos “quatro ídolos” de Francis Bacon que impediriam que o “cientista do Direito” alcance a “verdade jurídica”:

Mas os maiores embaraços e extravagâncias do intelecto provêm da obtusidade, da incompetência e das falácias dos sentidos. E isso ocorre de tal forma que as coisas que afetam os sentidos preponderam sobre as que, mesmo não o afetando de imediato, são mais importantes (BACON, 1973).

Os ídolos de Francis Bacon seriam falsas noções que seriam obstáculos para que a verdade pudesse ser percebida ou alcançada. Os ídolos da tribo são provenientes da própria condição humana que sempre busca interpretar o mundo por meio de seus sentidos e intelecto. Os ídolos da caverna são os decorrentes da educação e do contexto social em que cada um se desenvolveu. Os ídolos do foro são os decorrentes das dificuldades em relação à linguagem e à semântica das palavras. Os ídolos do teatro são as doutrinas e as instituições a que cada um se filia e que acabam por moldar a nossa percepção. Os ídolos seriam os obstáculos para alcançar a verdade sobre a natureza e sobre o conhecimento verdadeiro das coisas. Bacon diz que é necessário que nos livremos disso para encontrarmos a verdade. Se o “mundo jurídico” de Pontes de Miranda está correto, o problema da aplicação do “jurista” ou “do cientista do Direito” poderia ser explicada pelas dificuldades impostas pelos ídolos de Bacon no momento de compreensão e interpretação do Direito. Essa questão tem relevância para o presente trabalho, na medida em que traz, ainda que rapidamente, o problema da epistemologia e da epistemologia jurídica dentro da discussão acerca das representações dos juristas.

Pontes de Miranda é uma referência importante neste trabalho para pensarmos o Direito e suas representações. Este autor expõe ideias que fazem parte de todo o “imaginário coletivo” dos juristas. Contudo, resta saber se é possível tratar os fatos da vida, bem como os fatos jurídicos, da forma que pretende a teoria acerca do mundo jurídico e fatos jurídicos. Para Pontes de Miranda, os fatos da vida são transformados em fatos jurídicos inevitavelmente e sempre, bastando a incidência da norma jurídica sobre o suporte fático concreto. O nosso

questionamento, nesse ponto, é: os fatos na audiência trabalhista são tratados tal qual a “teoria do mundo jurídico e dos fatos jurídicos”?

A construção dos fatos científicos em Bruno Latour e Steve Woolgar

No tópico anterior, o objetivo era mostrar algumas categorias de pensamento dos juristas, tais como “fato jurídico”, “incidência da norma” e “causalidade jurídica”, sob a perspectiva de um autor que é referência entre os juristas. Neste segundo capítulo, iremos mostrar as ideias de Latour e Woolgar, principalmente as desenvolvidas no livro *A vida de laboratório: a produção dos fatos científicos*. Depois, explorarei alguns comentários de outros autores acerca do trabalho desenvolvido por Latour e Woolgar e, por fim, tentaremos responder o que essas ideias podem nos auxiliar na compreensão das audiências trabalhistas e do Direito.

1.1.1 Algumas ideias de Bruno Latour e Steve Woolgar

O livro *A vida de laboratório* traz a instigante questão de que os fatos científicos poderiam ser objetos de uma construção social. Como é possível que os fatos científicos, tão impregnados de verdade, tão “brutos” (LATOUR & WOOLGAR, 1997) e controladamente comprovados “cientificamente” estariam maculados de meras contingências locais e sociais? Latour e Woolgar se utilizam da etnografia para compreender a atividade dos cientistas. Isso nos fez imaginar que, se era possível falar de construção social acerca dos fatos científicos, quanto mais falar sobre construção social dos fatos jurídicos. No livro, em um momento do primeiro capítulo, os autores falam da “razão de ser da etnografia de um laboratório”, que é muito elucidativo.

Centenas de etnólogos visitaram todas as tribos imagináveis, penetraram florestas profundas, repertoriaram os costumes mais exóticos, fotografaram e documentaram as relações familiares ou os cultos mais complexos. E, no entanto, nossa indústria, nossa técnica, nossa ciência, nossa administração permanecem bem pouco estudadas. Expulsos do campo na África, na América Latina ou na Ásia, os etnólogos só se sentem capazes de estudar, em nossas sociedades, o que é mais parecido com os campos que acabavam de deixar: as artes e tradições populares, a bruxaria, as representações simbólicas, os camponeses marginais de todos os tipos, os guetos.

É com temor e escrúpulo que avançam em nossas cidades. Chegando ao cerne delas, estudam a sociabilidade dos habitantes, mas não analisam as coisas feitas pelos urbanistas, pelos engenheiros do metrô ou pela câmara municipal; quando penetram de salto alto em uma fábrica, estudam os operários, que ainda se parecem um pouco com os pobres exóticos e mudos que os etnólogos têm o hábito de sufocar sob seus comentários, mas não os engenheiros e os patrões. Têm um pouco mais de coragem quando se trata da medicina, reputada como uma ciência “mole.” Mesmo neste caso, contudo, eles estudam de preferência a etnomedicina ou as medicinas paralelas. Os médicos propriamente ditos, as medicinas centrais não são objeto de qualquer estudo metódico. Nem falemos da biologia, da física, das matemáticas. Ciência da periferia, a antropologia não sabe voltar-se para o centro. (LATOUR & WOOLGAR, 1997, p. 17-8)

Latour fala sobre a abordagem da sua etnografia em relação aos cientistas, sendo uma importante postura para a compreensão do campo. Ele diz:

Para dar independência às análises da ciência, é necessário, pois não se basear unicamente no que os pesquisadores e descobridores dizem de si mesmos. Eles devem tornar-se o que os antropólogos chamam de “informantes,” certamente informantes privilegiados, mas sempre informantes de quem se duvida. (LATOUR & WOOLGAR, 1997, p. 19-20)

Latour e Woolgar falam sobre a noção de que só os cientistas seriam capazes de falar sobre ciência. “Para falar das ciências é preciso ser especialista” (LATOUR & WOOLGAR, 1997, p. 25). Eles continuam dizendo:

Os próprios cientistas fazem suas ciências, seus discursos sobre a ciência, sua ética da ciência, suas políticas da ciência e, quando são de esquerda, suas críticas e autocríticas da ciência. Os outros ouvem. O ideal político e epistemológico é que não haja uma palavra da metalinguagem da ciência que não seja tomada dos próprios cientistas. (LATOUR & WOOLGAR, 1997, p. 25)

Latour diz ainda que a finalidade da sua pesquisa é:

Abrir um caminho diferente: aproximar-se da ciência, contornar o discurso dos cientistas, familiarizar-se com a

produção dos fatos e depois voltar-se sobre si mesmo, explicando o que fazem os pesquisadores, com uma metalinguagem que não deixe nada a dever à linguagem que se quer analisar. (LATOURE & WOOLGAR, 1997, p. 26)

Ainda diz que “derrubará” o preconceito de que “um bacharel em Ciências Exatas pode falar com maior intimidade sobre o mundo da pesquisa do que um observador que nele se imiscui durante muitos anos” (LATOURE & WOOLGAR, 1997, p. 27). Por fim, Latour erige como seu mandamento que ele não se confundirá com o uso do discurso dos cientistas para explicar o laboratório, onde ele acaba por dizer: “Faça o que quiser, mas a linguagem deles não pode se tornar a sua metalinguagem” (LATOURE & WOOLGAR, 1997, p. 27).

Latour fala dos microprocessos que influem na construção do fato. A sua observação está interessada nas “conversas e discussões entre membros do laboratório” (LATOURE & WOOLGAR, 1997, p. 163). Ele diz que procurou anotar “medidas de tempo [das discussões], descrições de atitudes e entonações”. As descrições informais para Latour, como é caso das conversas no laboratório, no corredor e no restaurante, são o que interessa ao etnógrafo. O autor aponta, juntamente com o relato de algumas conversas informais, que existe, às vezes, “uma visão idealizada da atividade científica em que os atores avaliam a importância de uma pesquisa particular pela contribuição que ela representa para o progresso do conhecimento” (LATOURE & WOOLGAR, 1997, p. 167) ³². O que ocorre, muitas vezes, é que o que está em jogo para os participantes são negociações complexas “do campo”. Nas discussões, “as convicções modificam-se, valorizam-se enunciados, enquanto outros são desacreditados, fazem-se e desfazem-se reputações, modificam-se as alianças entre pesquisadores” (LATOURE & WOOLGAR, 1997, p. 175).

Latour fala sobre quatro tipos principais de trocas existentes no laboratório que ele estudou, sem querer, com isso, “traçar uma tipologia exaustiva de interesses que entram no jogo nas discussões entre pesquisadores”. O primeiro tipo de troca é a que faz referência aos “fatos conhecidos”. O segundo tipo é acerca da avaliação dos participantes sobre a confiabilidade deste ou daquele método. O terceiro tipo de troca é quando os atores conversam sobre questões teóricas. E, o quarto tipo é “constituído pelas discussões sobre outros pesquisadores” (LATOURE & WOOLGAR, 1997, p. 167) ³⁴. Não é necessário discutir aqui sobre o que querem dizer essas conversas entre os “cientistas

do laboratório” de Latour; contudo, basta para o nosso trabalho dizer que são essas trocas e outras que estão no jogo de enunciações, para a construção do fato como num campo agonístico. Há um comentário sobre o quarto tipo de troca que, por sua instrumentalidade para pensar o Direito, vale a pena comentar de maneira rápida: “A referência ao fator humano que participa de enunciados é bem frequente. Na realidade, as discussões mostram isso. O autor de um enunciado conta tanto quanto o próprio enunciado” (LATOUR & WOOLGAR, 1997, p. 176) ³⁵.

Latour e Woolgar ainda se preocupam com a “análise sociológica dos processos de pensamento dos cientistas”. Os autores dizem: “que as ideias e os processos de pensamento individuais resultam de uma forma particular de apresentação e de uma simplificação de toda uma série de condições sociais e materiais e coletivas” (LATOUR & WOOLGAR, 1997, p. 185). Essa afirmação é explicada pela anedota “um dia fulano teve uma ideia” (LATOUR & WOOLGAR, 1997, p. 182). Essa anedota diz que, quando um fato ou uma ideia já estão constituídos, o seu surgimento é explicado como se alguém tivesse tido um “surto de imaginação” ou um “insight genial” para aquela ideia ou fato. A anedota significa que o suposto autor da ideia esquece ou deixa de relatar as séries de circunstâncias sociais, econômicas, políticas e outras que proporcionaram a tal “descoberta”.

A anedota do “eu tive uma ideia” e as ideias nos conceitos de “contexto de descoberta” e “contexto de justificação” são forças atuantes nas construções dos fatos científicos. Situações descobertas por meios analógicos ou casuais são depois consubstanciadas em descobertas por meios lógicos. É o texto de Latour:

Desse modo, descrever a emergência de uma descoberta (ou de um enunciado, ou, ainda, de um fato novo) leva quase a que se efetue uma dupla transformação. Por um lado uma abordagem analógica muitas vezes cede lugar a um laço lógico. Por outro lado, a série complexa de contingências locais a que permitiram que se estabelecesse momentaneamente um laço frágil é substituída por lampejos de intuição. A forma “alguém teve uma ideia” resume o processo de maneira altamente condensada. Este igualmente é o laço que permite superar a contradição essencial contida nos procedimentos utilizados pelos cientistas: se eles são lógicos, são estéreis; se são profícuos, es-

tão logicamente incorretos. (LATOUR & WOOLGAR, 1997, p. 182)

Latour diz que existe uma tensão entre “um saber existente a priori” e “um saber criado pelos atores” que é objeto de discussão entre os filósofos. Ele afirma que existe uma recusa em aceitar que os “fatos são socialmente construídos” (LATOUR & WOOLGAR, 1997, p. 191). Latour tenta analisar o porquê da recusa em aceitar o fato como algo construído e a preferência em enxergar o fato como algo exterior, em que o trabalho do cientista seria apenas “revelar a existência deles [os fatos]” (LATOUR & WOOLGAR, 1997, p. 191).

Latour, dentro da ideia de construção dos fatos científicos, utiliza uma expressão interessante, na qual assevera que “a estabilização de um enunciado faz com que ele perca qualquer referência ao processo de sua construção. É desse modo que se caracteriza a construção de um fato” (LATOUR & WOOLGAR, 1997, p. 192). Ainda, Latour informa que: “os fatos e artefatos não correspondem a enunciados respectivamente verdadeiros e falsos. Os enunciados situam-se sobre um continuum em que sua posição depende do grau em que eles apelam para as condições de sua construção”. Dito de outro jeito, quando o fato começa a se estabilizar, ele [o fato] se torna dois. Sob um aspecto, o fato é “a sequência de palavras que enunciam algo sobre um objeto” (LATOUR & WOOLGAR, 1997, p. 199). Sob o outro, ele é o objeto por si mesmo.

Antes da estabilização, os cientistas ocupavam-se de enunciados. No momento em que ela se opera, aparecem ao mesmo tempo objetos e enunciado sobre esses objetos. Um pouco depois, atribui-se cada vez mais realidade ao objeto e há cada vez menos enunciados sobre o objeto. Produz-se, conseqüentemente, uma inversão: o objeto torna-se a razão pela qual o enunciado foi formulado na origem. (LATOUR & WOOLGAR, 1997, p. 194)

Assim sendo, “A distinção entre realidade e condições locais só existe depois que um enunciado estabilizou-se como fato.” Somente depois que um fato torna-se fato é que podemos usar o argumento de efeito da realidade. A objetividade e exterioridade do objeto surgem quando ele se torna um fato, com o efeito da realidade. Latour disse que a noção de realidade para ele não é o fundamento para a estabilização de um enunciado, porque a realidade é uma consequência da estabilização do enunciado.

Que não sejamos mal compreendidos: longe de nós a ideia de que os fatos – ou a realidade – não existem. Neste ponto não somos relativistas. Apenas afirmamos que essa “exterioridade” é a consequência do trabalho científico, e não sua causa. É por essa razão que chamamos atenção para a importância do momento em que as coisas acontecem. (LATOUR & WOOLGAR, 1997, p. 193)

O uso da palavra realidade e sua representação na atividade dos cientistas é aclarada por Latour, assim:

Uma vez que a controvérsia foi regulamentada, considera-se que a realidade é a causa dessa regulamentação. Mas enquanto dura a controvérsia, a realidade é a consequência do debate, segue cada um de seus meandros e cada uma de suas voltas, como se ela fosse a sombra das preocupações científicas. (LATOUR & WOOLGAR, 1997, p. 200)

Lator e Woolgar, acerca da definição do fato científico, dizem: “um fato científico se define enquanto “um enunciado” que não está mais acompanhado por qualquer outro enunciado que modifique sua natureza (isto é, ele não é mais modalizado).” (LATOUR & WOOLGAR, 1997)

1.1.2 Comentários sobre o livro *a vida de laboratório: produção dos fatos científicos*

Kropf e Ferreira destacam que a transformação de Latour em um sociólogo da ciência se deu em virtude do olhar e do método da antropologia, uma vez “que [ele] foi “ao campo” empreender um estudo empírico detalhado das atividades cotidianas dos cientistas em seu habitat natural”. Eles observam que Latour, antes de sua “imersão no laboratório”, estava em uma posição clássica em que o etnógrafo se depara com uma cultura totalmente estranha. Latour não possuía conhecimentos sobre a ciência, não dominava de maneira forte o inglês e, ainda, não conhecia a existência de outros estudos sociais da ciência (KROPF & FERREIRA, 1997, p. 589). Essas ideias põe em relevo “a centralidade assumida pela abordagem etnográfica” (KROPF & FERREIRA, 1997, p. 590), no trabalho desenvolvido por Latour.

Kropf e Ferreira consideram como inovadora a abordagem proposta por Latour: “O caráter microscópico e artesanal da pesquisa de campo tem sido apontado como um dos aspectos mais inovadores do ponto de vista do trata-

mento da ciência proposto pelo livro (KROPF & FERREIRA, 1997, p. 590). Kropf e Ferreira usam as ideias de Geertz para exemplificar o alcance teórico da pesquisa etnográfica:

Neste sentido, o trabalho de Clifford Geertz (1989) destaca-se ao chamar a atenção para a riqueza do entrelaçamento entre o repertório de conceitos gerais das ciências sociais e a descrição minuciosa estabelecida pela etnografia. (“descrição densa”).

Segundo esse autor, a pesquisa de campo ocupa um lugar central na investigação antropológica, pois as análises locais de eventos exóticos são o que efetivamente propicia o tratamento de questões totalizadoras. (KROPF & FERREIRA, 1997, p. 591)

Kropf e Ferreira citam Mariza Peirano em virtude das ideias desta autora acerca da etnografia:

A pesquisa etnográfica é o meio pelo qual a teoria antropológica se desenvolve e se sofisticando quanto desafia os conceitos estabelecidos pelo senso comum no confronto entre a teoria que o pesquisador leva para o campo e a observação dos nativos que estuda (KROPF & FERREIRA, 1997, p. 590)⁵¹.

Kropf e Ferreira observam em Latour de que maneira o seu livro desempenha o papel de propiciar a elaboração da teoria por meio do trabalho etnográfico. Segundo Woolgar, “uma questão fundamental” é o “valor metodológico enquanto chave para especificar o caráter da atividade científica, tendo por base a “cláusula” da observação da ciência “como ela acontece”. Um dos méritos do estudo de caráter etnográfico é “a capacidade de enfrentar problemas de “macro” importância usando “micro” materiais”.

Segundo Kropf e Ferreira, acerca da pesquisa no laboratório empreendida por Latour:

O estudo etnográfico do laboratório seria assim uma ocasião para investigar a atividade científica como uma prática social especialmente pertinente ao propósito de gerar informações sobre os processos sociais de raciocínio e argumentação em geral. Parafraseando Geertz, ele afirma que a etnografia da prática científica deve ser um estudo no laboratório e não um estudo do laboratório. (KROPF & FERREIRA, 1997, p. 593-4)

Kropf e Ferreira se utilizam de Geertz e Peirano para colocarem a questão acerca do valor teórico do livro de Latour no que diz respeito não somente às hipóteses específicas relativas ao campo, mas, sobretudo de um conjunto de padrões de interpretação social e cultural. Eles sugerem então que a leitura de “*A vida de laboratório*” seja feita como “um estudo que permite refletir em que medida a ciência esclarece sobre as práticas gerais de raciocínio e argumentação.” Eles ainda dizem:

O argumento central proposto por Latour e Woolgar é que a ciência não se distingue de outras práticas sociais, como postula a epistemologia, em função de uma superioridade cognitiva derivada da racionalidade intrínseca a esta atividade. O cientista, como qualquer outro ator social, é alguém que se utiliza de estratégias persuasivas que visam garantir a aceitação dos enunciados por ele produzidos (KROPF & FERREIRA, 1997, p. 592).

Segundo Kropf e Ferreira, acerca do fato científico:

A tese que Latour e Woolgar pretendem demonstrar é que o fato científico, estável e estabelecido como natural, é o resultado de um processo de construção que tem a peculiaridade de só se completar enquanto tal na medida em que é capaz de apagar qualquer traço de si próprio. Ou seja, a produção do fato científico depende necessariamente de estratégias e procedimentos extremamente eficazes no sentido de eliminar os vestígios da trajetória na qual ele foi produzido (KROPF & FERREIRA, 1997, p. 592).

Kropf e Ferreira falam da noção usada por Latour “inscrição literária,” no seu trabalho etnográfico, que apontam para:

Os procedimentos de materialização dos objetos de estudo da ciência através de traços, pontos, gráficos, espectros e demais registros produzidos por aparelhos manipulados no sentido de formalizar literariamente os fenômenos que servirão posteriormente de matéria prima para a elaboração dos enunciados científicos (KROPF & FERREIRA, 1997, p. 592).

Kropf e Ferreira ressaltam ainda que:

A novidade trazida por Latour e Woolgar é que as inscrições literárias não são concebidas como indicadores ou representações da presença de uma substância “exterior” ou “prévia”:

a substância só se configura enquanto tal sob a forma material dessas inscrições. (KROPF & FERREIRA, 1997, p. 593)

As inscrições literárias e as operações sobre os enunciados são o que dá suporte para a ideia de construção do fato científico em Latour e Woolgar. Segundo Kropf e Ferreira, “um fato científico é reconhecido enquanto tal quando perde todos seus atributos temporais e integra-se no conjunto de conhecimentos edificados por outros fatos”. Os autores falam sobre Latour e Woolgar e dizem que eles “descrevem os mecanismos discursivos acionados pelos cientistas na direção desse “apagamento” das circunstâncias relativas à trajetória do fato: trata-se do que eles chamam de “estabilização de um enunciado”.

Kropf e Ferreira falam que Latour e Woolgar afirmam que “a noção de realidade não pode ser usada para explicar por que um enunciado se estabiliza em fato, por que tal realidade é justamente um efeito e consequência dessa estabilização”. O postulado é a de que a “exterioridade” é um produto da atividade científica e não sua condição de existência. Kropf e Ferreira apontam que o argumento de Latour e Woolgar é:

A construção do fato científico envolve, essencialmente, uma delicada negociação entre os cientistas, que para isso se valem de múltiplas estratégias de argumentação persuasiva. O que define a ciência como prática social de produção de conhecimento é, portanto, a interação entre os atores dada nas circunstâncias locais e contingentes do laboratório (KROPF & FERREIRA, 1997, p. 594).

Kropf e Ferreira comentam a questão acerca de “qual o sentido da ação dos cientistas no laboratório”. A resposta de Latour e Woolgar seria, segundo aqueles autores, que os:

cientistas se comportam de maneira similar a um investidor capitalista, ou seja, como alguém que age com o objetivo de maximizar cada vez mais a lucratividade de seus investimentos, aumentando assim a capacidade de reprodução ampliada de seu capital acumulado (KROPF & FERREIRA, 1997, p. 594).

Kropf e Ferreira fazem uma crítica a Latour e Woolgar quanto à noção de “ciclo de credibilidade”. Aqueles dizem que “a característica essencial desse ciclo é a busca contínua por um ganho de credibilidade que permita o reinvestimento

e, consequentemente, um ganho posterior de credibilidade.” Kropf e Ferreira consideram que a:

concepção de ciclo de credibilidade, ao atribuir sentido às estratégias dos cientistas exclusivamente em função das condições contingentes a partir das quais eles agem no laboratório, desconsidera a influência de condições prévias e/ou exteriores aos limites desse campo particular de ações. (KROPF & FERREIRA, 1997, p. 595)

Kropf e Ferreira vão dizer que a concepção de Bourdieu para o capital social prévio traz a compreensão de como os cientistas ocupam posições diferenciadas no campo e, em vista dessas diferentes posições, as condições são diferentes para a movimentação no campo e a aquisição de novas posições. Kropf e Ferreira estão se utilizando da noção de capital social prévio, posição no campo e o uso dessa posição como algo significativo no campo da ciência. É interessante que Kropf e Ferreira apontam em Bourdieu a ideia de que outros capitais acumulados em outros campos são significativos, dando um bom exemplo, como o do “capital escolar”. Esse capital escolar seria, por exemplo, o capital simbólico advindo da formação escolar, da escola em que o cientista estudou, das titulações etc. Desse modo, as posições dos cientistas no campo não são irrelevantes.. A crítica desses autores é no sentido de que:

a lógica de funcionamento da ciência como um espaço de luta concorrencial, ainda que tendo suas especificidade, não se explica unicamente pelos contornos particulares a esse espaço, como parece sugerir a noção de ciclo de credibilidade. Para usar a terminologia de Latour e Woolgar, a própria conformação local das ações dos cientistas enquanto estrategistas que calculam seus investimentos em credibilidade depende das condições a partir das quais o indivíduo entra nesse ‘mercado’ que é a ciência. (KROPF & FERREIRA, 1997, p. 595)

Kropf e Ferreira ainda criticam Latour e Woolgar, no que diz respeito ao tratamento que as suas ideias dão à questão do reconhecimento institucional. Assim:

a desqualificação que os autores fazem da dimensão de reconhecimento institucional relativa à posição do cientista na comunidade prejudica, a nosso ver, a tese mais consistente

e original que eles apresentam, que é a de que a construção do conhecimento científico é um processo social de argumentação persuasiva. Segundo o argumento fundamental dessa tese, o que confere capacidade de convencimento a um enunciado – e consequentemente, a possibilidade de sua transformação em fato – não é, como supõem os epistemólogos, sua racionalidade intrínseca, mas sim a força dos cientistas em persuadir aqueles aos quais se dirigem tais enunciados. Ora, o que confere ao cientista esse poder de convencimento senão a credibilidade e o reconhecimento estabelecidos pelos pares? Quem confere aos enunciados o estatuto de artefato ou fato senão os outros cientistas que lêem e discutem os artigos nos quais os enunciados são formulados? (KROPF & FERREIRA, 1997, p. 596-7)

1.1.3 A produção dos fatos jurídicos

As ideias de Latour e Woolgar são usadas aqui com duas grandes finalidades: a primeira é servir de “treinador do nosso olhar,” ou seja, facilitar com que a pesquisa etnográfica não seja uma simples “coleção de observações.” Nesse mesmo sentido, Latour e Woolgar servem para que nós definamos o nosso objeto, o nosso ponto de vista, o nosso interesse especial, o nosso problema (POPPER, 1982). A segunda é servir de “bagagem teórica” para que possamos “imersão no campo” e confrontar a teoria com a observação dos nativos. Latour é um grande exemplo para a análise etnográfica empreendida neste trabalho.

A proposta de uma abordagem etnográfica é a relação mais forte entre as ideias de Latour e o nosso trabalho. Buscamos uma “descrição densa,” nos termos de Geertz. Outra tentativa foi a de que os microprocessos fossem a base de nossa análise, tal qual Latour, que buscou um estudo empírico com uma imersão no habitat natural dos cientistas. Essa proposta é a mesma que buscamos na vivência dentro do fórum trabalhista de Brasília, nas Varas do Trabalho, nas salas de audiência. Latour se preocupou em tentar explicar o seu campo de pesquisa em outros termos que não os nativos, os dos cientistas. Ele buscou “abrir um caminho diferente.” Nós também tentamos seguir o conselho para tratar os nativos, juristas, sem usar de sua linguagem propriamente jurídica. A nossa ideia é também buscar um caminho diferente. Os juristas, juízes, advogados, partes e servidores da Justiça do Trabalho, foram tratados como informantes, ou como

atores sociais, ou como nativos propriamente. A teoria de Latour foi um auxílio no olhar, mas deixamos que a observação e a etnografia fossem construindo o nosso aprendizado, até para confrontar e sofisticar a teoria. A ideia era tratar o nosso campo com todas as suas peculiaridades, singularidades e regularidades próprias. Latour também está conectado também ao nosso trabalho, em virtude dele, além de postular a ciência como uma prática social, como nós fazemos com o Direito, preocupar-se em observar as “práticas gerais de raciocínio e argumentação” dos cientistas.

A nossa pretensão sempre foi, muito antes dessa monografia, tentar compreender as categorias de pensamento dos juristas: “como os juristas pensam”. Não tínhamos antes descoberto que a etnografia é um excelente caminho para tamanha ousadia. Na pesquisa de Latour, ele fala em “derrubar o preconceito” de que só cientistas podem falar sobre a ciência. Essa é uma das nossas ideias também. O Direito precisa de interdisciplinaridade, sendo que Latour e suas ideias acerca da etnografia é salutar a que o Direito seja visto sob outra ótica, sob outro olhar. Latour também é importante quando ele fala dos “microprocessos”. Tal qual ele, estávamos interessados nas conversas dos corredores, daquilo que não é registrado em ata, nas conversas descontraídas nas salas de audiência.

Outro ponto que nos é útil é a ideia de Latour de que há uma idealização da atividade científica. Tentamos observar se no Direito também é assim. Latour enfatiza as negociações complexas do seu campo. Nós também buscamos as negociações, as “regras não escritas” que estão em constante relação com as regras codificadas e legais. Latour usa a ideia de trocas no campo científico e essa ideia é a que pode ser utilizada para observação do campo jurídico. Latour fala em enunciados, disputas e construções em cima desses enunciados, bem como o papel dos enunciadores. A audiência trabalhista demonstrou que há muitos enunciados no seu desenrolar, bem como atores sociais em posições diferenciadas no campo, com capitais simbólicos e sociais diferenciados que fazem toda a diferença nas dinâmicas da audiência trabalhista. Um ponto central de Latour é a sua “análise sociológica dos processos de pensamento” dos cientistas. Esse é um ponto também que mereceu observação: qual é a lógica do nosso campo? Latour também fala sobre todo o contexto em que um fato é descoberto e como esse mesmo fato é justificado após a sua definição, ou seja, todo o processo de construção e depois o seu desligamento das contingências sociais. A audiência trabalhista mostra que as discussões, os detalhes da audiência, bem como pe-

quenos microprocessos não ficam registrados nas atas, sendo que a explicação contingente e local que dava todo um sentido para determinado fato acaba por desaparecer e não ser observada depois que a ata é impressa e assinada. Quem estava presente na audiência consegue explicar por que foi assim, mas quem não participou da audiência e que ler a ata deverá encontrar outras razões para dar significado àquilo, ou o que ficar definido simplesmente será vez, que está lá como um fato. O conceito de “estabilização de um enunciado” é uma grande ideia para se pensar a audiência trabalhista. Outra questão importante é a ideia de “objetividade”, “exterioridade” e “realidade” na abordagem da prática científica de Latour e como isso pode ser utilizado para pensar o Direito.

Algumas das questões destacadas por Kropf e Ferreira sobre Latour possuem pertinência e relevância para o tipo de abordagem que se quis com esta monografia. Esses assuntos e ideias comentados pelos autores acerca de Latour são: 1) o uso do “olhar e método” da antropologia; 2) a ideia de que Latour foi ao campo ver a atividade dos cientistas; 3) a centralidade da abordagem etnográfica no trabalho de Latour; 4) o caráter microscópico e artesanal da pesquisa de campo; 5) a “descrição densa”; 6) a busca por questões totalizadoras na análise de eventos locais; 7) o confronto entre a teoria que se leva para o campo e a observação dos nativos; 8) ver “como as coisas acontecem”; 9) tentativa de compreensão de problemas “macros”, usando “micro”materiais; 10) ver o Direito como uma prática social e observar seus processos de raciocínio e argumentação; 11) tentar pensar as hipóteses específicas relativas ao campo, mas também sobre o conjunto maior de padrões de interpretação social e cultural; 12) poder pensar no tratamento dispensado aos “fatos” na audiência trabalhista a partir da ideia de “enunciado” e “estabilização” do enunciado; 13) pensar, a partir da ideia de “inscrição literária” de Latour, as petições, os documentos, a produção da ata, da sentença e de tantos outros papéis no processo judicial trabalhista; 14) pensar sobre a perspectiva das noções de “realidade”, “objetividade” e “exterioridade” as questões envolvendo controvérsias acerca de fatos, as disputas pelos fatos e o processo de justificação para a definição do fato; 15) pensar no papel dos atores sociais do campo, suas posições, as regras pelas quais se orientam e o seu “sentido de ação”; 16) pensar sobre “credibilidade”, “reconhecimento”, “valores do campo”, “moralidade do campo”, interesses e capitais simbólicos; e 17) observar a relação do campo com o exterior, por exemplo, a questão do reconhecimento institucional.

Nas próximas três partes, desenvolveremos um “relato etnográfico” das audiências trabalhistas. Conforme noticiado na introdução, o terceiro capítulo trata da sala de audiência (comparando com o que fez Latour, seria o nosso laboratório). No quarto e no quinto capítulos estão o nosso objeto propriamente dito: a audiência trabalhista. A divisão do objeto em dois capítulos não é à toa, como veremos.

3 A sala de audiências

As audiências que foram analisadas são as audiências que ocorreram no período de agosto de 2004 a junho de 2007, nas Varas do Trabalho de Brasília que pertencem ao Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (Distrito Federal e Tocantins). Neste capítulo, buscaremos descrever como é a estrutura física de uma sala de audiência trabalhista, tentando observar quais os reflexos desta infraestrutura sobre a dinâmica do campo.

Existem atualmente 21 Varas do Trabalho instaladas na 516 Norte, Brasília, Distrito Federal. Todas as Varas do Trabalho estão localizadas em um mesmo prédio. Em cada uma delas há, em regra, três grandes divisões do espaço físico: o gabinete do Juiz do Trabalho; a secretaria da Vara do Trabalho; e a sala de audiência. O gabinete do Juiz do Trabalho é normalmente onde os Juízes elaboram suas sentenças e decisões processuais. É comum existir no gabinete uma sala próxima com uma mesa, cadeira e computador para serem ocupadas por um assessor. Na secretaria da Vara do Trabalho estão localizados o Diretor de Secretaria, servidores de nível superior, de nível médio e estagiários. O Diretor de Secretaria é o grande encarregado por todo o funcionamento da Vara, tanto no que diz respeito ao trâmite dos processos, quanto a questões administrativas. Os outros serventuários (servidores públicos) cuidam das atividades burocráticas sob a supervisão do Diretor de Secretaria. As salas de audiência, como o nome já diz, é o local em que são realizadas as audiências presididas pelo Juiz. Existe também um servidor que é encarregado de auxiliar o Juiz, digitando e elaborando a ata. A ata é, por assim dizer, o produto final de uma audiência trabalhista. É na ata que ficarão condensados e definidos os fatos construídos no decorrer da audiência, que são o fio condutor do nosso olhar etnográfico.

A Sala de Audiências é o espaço em que a observação etnográfica acontecerá. As quatro paredes que a circundam delimitam o espaço em que serão ana-

lisados o “sistema de regras não escritas” para a definição do fato. A grande maioria das audiências são públicas, ou seja, qualquer pessoa poderá comparecer às salas para assistir e acompanhar todo o desenrolar de uma audiência trabalhista do início ao fim, sem qualquer impedimento ou obstáculo, em regra. Em regra, pois existem casos, inclusive com previsão legal, para que seja deliberado pelo Juiz que a audiência deverá ser sigilosa, o que é chamado pelo Judiciário e pelos processualistas, como “segredo de Justiça”. Por exemplo, é o caso de um processo em que exista discussão sobre a prática de assédio sexual onde estejam sendo discutidas situações que possam deixar alguma das partes ou testemunhas constrangidas ao falarem. Dependendo dos fatos constantes no processo, o Juiz pode determinar que aquela audiência especificamente só será frequentada pelas partes interessadas, advogados e testemunhas. É muito pouco comum a ocorrência de audiências em “segredo de Justiça”, sendo que no decorrer do trabalho de campo, não foram observadas nenhuma audiência “à portas trancadas”. Sendo as audiências públicas, a primeira consequência na estrutura e organização física da sala de audiências é que as portas fiquem destrancadas durante todas as audiências e, além disso, existe um vidro transparente localizado no centro da porta para que advogados, partes e testemunhas observem as audiências, do corredor. Essa janelinha é muito útil, pois, com a vivência prática e experiência dos advogados, eles conseguem olhar para dentro da sala e tentar identificar qual a audiência está se realizando e em que fase está.

Do lado de fora da sala, existe afixada em um mural uma “pauta de audiências” com as informações correspondentes ao número de processo, horário e ordem das audiências, tipo de audiência (una, inaugural, instrução, julgamento), nome do Reclamante e do Reclamado e Advogado das partes. Por exemplo, um advogado tem sua audiência marcada para 14h30. Já são 14h45 e a audiência não foi anunciada no sistema de som. De uma simples e rápida olhada pelo vidro central da porta, o advogado pode identificar os advogados que estão sentados, verificar se eles já estão assinando a ata ou negociando um acordo, ou se está havendo uma oitiva de testemunha. Dessa análise, ele pode identificar qual audiência está sendo realizada, qual a expectativa de tempo para ela e, inclusive, se há tempo hábil para ele providenciar a solução de algum outro compromisso ou até mesmo realizar antes outra audiência em outra Vara do Trabalho. No prédio das Varas do Trabalho, é muito comum se ver advogados subindo e descendo pelas escadas, com a respiração ofegante e passos apressados, pois há casos em que

advogados realizam até 10 (dez) audiências em um só dia, no período das 13h00 às 17h00.

Os advogados conhecem como são os procedimentos e eles sabem que uma audiência inaugural é rápida, levando o tempo de 5 a 15 minutos, em média. Uma audiência una já possui a possibilidade de ser mais demorada, pois pode implicar réplica oral, oitiva de testemunhas e razões finais, por exemplo, que consomem mais tempo. Uma instrução é algo que também pode demorar de 20 minutos a 1 hora ou mais. E a audiência de julgamento, na verdade, não é uma audiência, pois o Juiz do Trabalho somente pratica o ato formal de expor a sentença elaborada anteriormente em seu gabinete. Essa audiência de julgamento somente visa dar publicidade da sentença, sendo que os Reclamantes e Reclamados ficam cientes da data de audiência de julgamento no encerramento da audiência de instrução, mas estão dispensados de comparecer. Os advogados também não comparecem à audiência de julgamento, pois, embora o nome seja audiência, o Juiz do Trabalho não tem nenhuma intenção de ir para a sala de audiências para mostrar às partes e aos advogados que sua sentença diz isso ou aquilo. O que ocorre é que o Juiz faz a sentença, por escrito, antes da data do julgamento e determina à secretaria da Vara que só permita acesso na data e horário designados para a ficcional audiência de julgamento. Na prática, ninguém vai no dia da audiência de julgamento, nem partes, nem advogados, nem Juiz do Trabalho. São audiências que ficam designadas sempre como as últimas do dia, na pauta. Se, eventualmente, o Juiz, ao terminar a fase de instrução, não designar data para audiência, ele colocará que a sentença será “sine die,” ou seja, uma expressão latina que diz “sem data definida,” determinando que as partes serão intimadas da sentença, quando prolatada.

A publicidade e o livre acesso à sala de audiências também é um fator importante na “construção social dos fatos.” Nas salas de audiências existem algumas cadeiras que são exatamente para pessoas que queiram assistir possam se sentar. Contudo, nem sempre as cadeiras são suficientes, sendo comum as pessoas excedentes ao número de cadeiras, ficarem em pé, observando o que o Juiz do Trabalho fala, um depoimento do empregador ou empregado, ou as perguntas dirigidas às testemunhas. Os advogados não ficam aguardando a sua audiência nos corredores abarrotados de gente. Eles preferem aguardar o momento da audiência na sala de audiências, pois elas possuem uma temperatura mais agradável, por conta do ar condicionado. Além disso, alguns advogados consideram divertido ou

instrutivo ver o desenrolar de uma audiência, o desempenho de outro advogado, bem como o temperamento do Juiz naquele dia. A propósito, existem muitos juízes temperamentais. Os empregados e empregadores ou outras partes, bem como testemunhas, não costumam entrar para acompanhar outras audiências, principalmente, pois elas imaginam que somente poderão entrar na sala de audiência quando chamadas.

Ainda existe uma disposição importante do espaço, inclusive que nos indica como essa disposição pode afetar a “construção dos fatos” na audiência. A primeira e, talvez, mais importante observação é a de que o Juiz do Trabalho sempre estará em um patamar mais alto. Em nenhuma sala de audiências existirá um Juiz do Trabalho que fique no mesmo nível topográfico que os advogados e as partes. O Juiz do Trabalho olha para os advogados de cima. Os advogados para falar para o Juiz devem olhar para cima. Isso é bem ilustrativo da representação compartilhada por todos os participantes da audiência e, inclusive, do Juiz do Trabalho, de que ele é maior, mais importante e hierarquicamente superior na estrutura social das audiências trabalhistas. O Juiz em um tablado artificialmente montado e projetado para que ele fique em altura mais elevada que todos os outros integrantes da audiência trabalhista é algo inquestionável e aceito por todos como regra. Não houve em nenhum momento da pesquisa alguém que chegasse a tratar isso como algo de algum valor para ser discutido ou questionado. Além do fato de o Juiz estar em um tablado, ele também está no centro. Como exemplo, tem-se aqui a notícia veiculada no site do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (www.mpdft.gov.br), no dia 21 de junho de 2007. A notícia é interessante, embora não se esteja falando de um órgão ligado à Justiça do Trabalho, mas ligado à Justiça Comum, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que, a princípio, pelo menos por sua administração atual, não criou resistências.

Procurador-Geral solicita que membros do MPDFT sentem-se no mesmo plano de magistrados

O Procurador-Geral de Justiça, Leonardo Azeredo Bandarra, oficiou o Presidente do TJDF, Lécio Resende Silva, solicitando as providências necessárias para que os assentos dos Membros do MPDFT estejam no mesmo plano e imediatamente à direita do assento dos Juízes. O Presidente do TJDF respondeu afirmativamente, e assegurou que o mobiliário já está sendo modificado.

Em 2004, Leonardo Bandarra, então presidente da Associação do Ministério Público do Distrito Federal, fez um pedido semelhante. O Presidente do TJDF na época, Desembargador José Jeronymo Bezerra de Souza, acatou o pedido e instaurou o PA nº 016.936/904, no qual o atual Presidente determinou a implementação das modificações.

Outra questão é a forma de tratamento. Os Juízes são tratados por Vossa Excelência. Certamente, essa questão tem relevo. As próprias partes, por mais simples que sejam, sabem que o Juiz é “Excelência” ou “Meritíssimo”. Quando as partes não sabem, elas imitam os advogados. O membro do Ministério Público (Promotor de Justiça, Procurador da República, Procurador do Trabalho) é também tratado por “Vossa Excelência.” Nesse contexto, serve de ilustração a tentativa dos Delegados de Polícia Civil do Distrito Federal em serem chamados por “Vossa Excelência”, o que indica que a forma de tratamento é algo que distingue as pessoas dentro de um campo. O Sindicato dos Delegados de Polícia Civil argumenta que se trata de uma carreira jurídica e, daí, a justificativa para a isonomia.

A notícia de 26 de maio de 2007, site do jornal “Correio Braziliense” (www.correioweb.com.br):

Delegados do DF querem ser chamados de ‘vossa excelência’
Mário Coelho e Jorge de Castro Do Correio Braziliense
26/05/2007

09h18 De “doutor” para “vossa excelência” É assim que os delegados da Polícia Civil do Distrito Federal querem ser tratados a partir de agora. O Sindicato da categoria (Sindepó) enviou na última quarta-feira à diretoria da Polícia Civil um ofício para mudar o “tratamento dispensado ao profissional da autoridade policial”. O argumento para a mudança veio de uma enquête promovida na página da associação na internet. “Num primeiro momento, as pessoas podem pensar que é por vaidade, mas a questão é a valorização”, diz o presidente do Sindepó, Mauro César Lima. No ofício, Mauro César argumenta que, como os delegados são bacharéis em direito, eles deveriam ser chamados de “Excelentíssimo”, “em maiúscula e por extenso”. “O tratamento dispensado às autoridades policiais não é o mesmo àquele das demais carreiras jurídicas, implicando enorme insatisfação na categoria”, avalia Mauro César. A proposta é polêmica e não tem unanimidade entre os próprios policiais.

Durante a pesquisa, um advogado trabalhista teve acesso a alguns dos relatórios que diziam sobre a posição superior do Juiz do Trabalho na estrutura social da audiência trabalhista. O advogado teceu alguns comentários por escrito e argumentou que:

Ao descrever que o Juiz do Trabalho olha para os advogados de cima e os advogados para falarem para o Juiz devem olhar para cima, não foi muito feliz em sua interpretação, pois na verdade o objetivo do Juiz ficar em patamar superior é para que o mesmo possa ter uma posição privilegiada quanto ao que ocorre dentro da sala de audiência, sendo certo que por muitas vezes até presenciei Juízes em momentos mais conturbados ficarem de pé, para melhor exercer o seu labor. Portanto, discordo de sua opinião de que o Juiz é maior, mais importante e hierarquicamente superior na estrutura social das audiências trabalhistas. Primeiro, porque o advogado ou os advogados em tempo algum admitiram serem inferiores aos Juízes. Inclusive pela própria definição do Estatuto dos Advogados não há hierarquia entre Juízes, Advogados, Procuradores, Promotores, Desembargadores, todos estão no mesmo nível. Entendo, ainda, que você, Júnior, deve tomar cuidado ao levar teses semelhantes à banca examinadora, pois poderá ser questionado por qualquer membro da banca examinadora, se não tem conhecimento do art. 133 da Constituição de que o advogado é Auxiliar da Justiça, necessário ao funcionamento da Justiça, assim como Juízes, Promotores, Delegados de Polícia etc, no exercício de suas prerrogativas profissionais.⁶

O comentário em questão possui algumas coisas interessantes. O advogado defende a disposição em plataforma superior, dizendo que “é para que o mesmo possa ter uma posição privilegiada quanto ao que ocorre na sala de audiência” e assevera que presenciou momentos “mais conturbados” em que o Juiz teria ficado de pé. No comentário escrito, o advogado discorda que o Juiz seja “maior,

⁶ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Art. 133. “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. No mesmo sentido: **Estatuto da Advocacia e da OAB.** Art. 6º “Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos. Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.”

mais importante e hierarquicamente superior na estrutura social das audiências trabalhistas; e argumenta que os advogados nunca “admitiram serem inferiores”; que o Estatuto da Advocacia e da OAB diz que não há hierarquias entre membros do Ministério Público, magistrados e advogados; e que a constituição diz que o advogado é “um Auxiliar da Justiça”. De fato, o Estatuto da Advocacia e da OAB fala da inexistência da hierarquia, bem como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 expressa que a advocacia é “indispensável à administração da Justiça”. Contudo, a etnografia mostrou em muitos momentos que essa reação em defesa e afirmação de que os advogados não são “inferiores” ou “que não há hierarquias” é uma constante entre os advogados. Citar a Constituição e o Estatuto da Advocacia também é frequente, como se a lei retratasse fielmente ou constituísse a realidade simplesmente porque disse que é de determinada forma. Essa é sempre uma questão sensível, contudo, sempre para os advogados e a advocacia. A Ordem dos Advogados do Brasil possui um telefone celular de plantão só para atender situações em que as prerrogativas dos advogados estejam em questão ou ameaça. O que foi percebido com a participação no campo é que, independente do que diz a Lei ou a Constituição, independente de existir a concordância quanto ao fato de que os Juízes possuem uma posição hierárquica superior na estrutura social, o que se observou é que os juízes dispõem de uma condição de poder decidir mais e de falar mais. Além disso, os juízes possuem a estrutura estatal a seu serviço.

Ao adentrar a sala de audiências, a primeira coisa que um observador verá (uma vez que posicionado de pé e olhando para frente) é o Juiz do Trabalho em seu tablado; em frente a ele uma mesa em que estarão dispostos, a um lado, uma parte e, no outro lado, a parte contrária. É simples: como em geral, o que é levado à Justiça do Trabalho é um conflito de interesses, em maior número disputas envolvendo trabalhador e patrão, o comum é encontrar empregado e seu advogado à direita de quem olha para o Juiz do Trabalho, e, à esquerda, encontrar o empregador. Isso pode ser invertido em determinadas situações, como, por exemplo, quando é o patrão quem aciona o empregado para que este receba suas verbas rescisórias. Da posição em relação ao Juiz do Trabalho, o Reclamante (empregado), ou quem postula, está sentado à esquerda do Juiz; e à direita, está a Reclamada (empregador), ou contra quem se postula.

O que significa o Juiz ao centro e em patamar superior? Significa, para os participantes da audiência, que ele é a pessoa mais importante dentro daquela estrutura social em particular. Tanto é que o Juiz é tido por presidente da audiên-

cia, ou seja, aquele que tem grande força no processo decisório, tanto decisório final, quanto na condução de todas as etapas processuais. É possível verificar que esta representação compartilhada dá condições para que o Juiz exerça a sua força sobre todos os presentes naquele recinto. Os poderes do Juiz são muito grandes e não é necessário que as pessoas leiam as leis que falam sobre os “poderes do Juiz” ou os “manuais de Direito” para saberem que com “Juiz não se brinca”. O Juiz é um grande “pater”. Contudo, nem todas as pessoas envolvidas possuem todo esse temor reverencial. Há, por exemplo, advogados renomados, ricos, bem sucedidos e profissionalmente bem posicionados que podem, até, causar desconcerto ao Juiz do Trabalho com a sua presença. Se o Juiz do Trabalho, por outro lado, verifica que o advogado que está à sua frente não dispõe de tanto poder simbólico, ele tenderá a não ter tanta cautela em sua conduta e decisões. Nesse ponto, é verificável que poder simbólico, capital simbólico são questões importantíssimas na relação entre as pessoas envolvidas (BOURDIEU 2005).

Para ilustrar a influência do poder simbólico e do capital simbólico como fatores presentes no “sistema de regras não escritas” das audiências trabalhistas, será narrado um caso ilustrativo. É o caso de um advogado famoso, importante, rico e bem sucedido que foi até uma Vara do Trabalho.

“Certo dia, em que eu acabava de sair de uma audiência trabalhista, verifiquei que se encontrava no recinto um grande advogado trabalhista, professor conceituado de uma excelente faculdade de Direito do Distrito Federal. A minha primeira reação foi cumprimentar, pois eu já tinha feito um curso com ele sobre advocacia trabalhista. Ele me recepcionou muito bem, porém estava interessado sobre o movimento na sala de audiências da Vara que eu acabara de sair. Antes de cumprimentar, verifiquei que ele estava falando com outro advogado que o estava acompanhado sobre um Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios que, coincidentemente, eu também conhecia. Eles não falavam de algo importante, pois pude perceber que a relação entre o advogado renomado e o referido promotor era apenas de vizinhança, pois moravam no mesmo andar em um edifício de apartamento no Sudoeste (considerado um setor nobre, com alta concentração de promotores de Justiça e juízes). Minha surpresa com aquela presença era que nas Varas do Trabalho não frequentam advogados ‘daquele porte’ Quando eu perguntei o que o trazia até ali, ele me disse que se tratava de uma ação de uma professora da mesma faculdade de Direito em que ele trabalhava e que também, além de professora,

era membro do Poder Judiciário, e o objetivo dela era obter uma indenização por danos morais da faculdade empregadora acionada judicialmente. O advogado demonstrou que não gostaria de estar ali, mas disse que o responsável maior da faculdade disse que ele deveria cuidar da ação trabalhista e ressaltou que era ele quem devia comparecer à audiência. O mais interessante foi o que aconteceu depois. Quando um advogado não possui muito prestígio social, ele se apresenta com alguma cautela ou, até mesmo apreensivo, para pedir ao Juiz do Trabalho para olhar um dos processos que estão sobre a mesa aguardando a realização de audiência. Ocorre que este advogado, quando adentrou a sala de audiências, foi extremamente bem recebido pela Juíza. E depois de pedir gentilmente e educadamente para ‘ter acesso aos autos’ correspondente à audiência que iria se realizar, a Juíza não só concedeu como o cumprimentou com um beijo no rosto. O que eu imaginei é que a presença desse advogado em particular naquela audiência alteraria, talvez, de modo especial, a construção dos fatos que ali seriam colocados, discutidos e negociados.”

O porquê de os advogados renomados não frequentarem com habitualidade os corredores abarrotados e quentes das Varas do Trabalho é que, se determinado advogado possui grande especialização e conhecimento em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho ou Direito Coletivo do Trabalho, ele não perderá tempo em causas consideradas pequenas, como algumas ações em que estão sendo discutidos saldo de salário, férias, 13º salário, etc. Um grande advogado ficará com as grandes questões do seu escritório, assim como cuidará da clientela de maior interesse e enviará outros advogados, às vezes advogados empregados (advogado regido por contratação de emprego celetista que o diferencia, dentro de uma estrutura do escritório em que esses advogados trabalhem, do advogado profissional liberal ou sócio), para cuidar das questões discutidas em Varas do Trabalho. Existem questões importantes que são discutidas em Varas do Trabalho, porém, o mais corriqueiro são ações de empregados que foram dispensados ou que pediram dispensa e que não receberam corretamente os seus pagamentos ou que não receberam nada. Desse modo, é mais comum encontrar nas Varas do Trabalho, advogados menos sofisticados, vestidos com ternos não tão caros e que têm como clientela pessoas mais simples, como rodoviários, comerciários, empregadas domésticas, mecânicos, dentre outros.

Há também certo preconceito pela comunidade dos juristas em relação aos advogados trabalhistas, como se eles fossem advogados menores, mais

ou menos no sentido de que “não conseguiu mais nada com o Direito, e foi advogar em causas trabalhistas”. A experiência demonstra que esse preconceito não tem fundamento nenhum, uma vez que há inúmeros advogados de sucesso, extremamente competentes e inteligentes, e que não escolheram a advocacia trabalhista ou o Direito do Trabalho em virtude de que não fossem capazes de outros ramos de maior prestígio entre os juristas e advogados. Durante a pesquisa, inclusive, ouviram-se algumas vezes expressões, tais como: “Justiça do Trabalho (Varas do Trabalho), aquilo é uma feira”; ou “Advogado Trabalhista, eles são uns acordeiros”. A comparação das Varas do Trabalho com uma feira corresponde ao fato de que as pessoas que costumam frequentar são, geralmente, pessoas pobres e com condições de vida socialmente desvantajosa, com menos acesso aos bens da vida e cidadania. São pessoas, muitas vezes, mal vestidas, mal cheirosas e com menos condições materiais e de acesso a bens culturais. A enunciação de que os advogados trabalhistas são uns “acordeiros” é que o acordo, ou seja, a negociação sobre a causa para encerrar a ação trabalhista discutida é o maior interesse e objetivo dos participantes da audiência, bem como sua ocorrência é percentualmente elevada. A expressão “acordeiros” tem uma função pejorativa, pois quer significar que o advogado trabalhista, diferente de advogados de outros ramos, tais como, o do Direito Civil, Direito Tributário, Direito Econômico, é um ramo de menor prestígio social, pois seria aquele que não busca enfrentar embates jurídicos e se contenta em “fechar” e “negociar” acordos, inclusive acordos que envolvem pouco valor monetário.

Antes de falar sobre como é o desenrolar da audiência, é melhor tentar visualizar alguns dos passos ou caminhos trilhados pela partes. A análise etnográfica desenvolvida procurou observar o funcionamento de uma audiência trabalhista em sua ocorrência mais frequente, ou seja, nas lides em que empregador e empregado disputam alguma questão acerca de um determinado contrato de trabalho. A ideia é o desenvolvimento de uma audiência trabalhista na sua tradicional e mais frequente configuração: empregado que entra com uma ação contra o seu empregador. Essa ação trabalhista é denominada por Reclamação Trabalhista, onde empregado é Reclamante e empregador é Reclamado. Se uma Reclamação Trabalhista, por outro lado, for intentada pelo empregador contra o seu empregado, nesse caso tem-se o empregador como Reclamante e o empregado como Reclamado, porém, isso é menos ocorrente.

Numa situação representativa, o empregado que é dispensado por seu patrão deixa de receber ou recebe valores bem inferiores ao que lhe é devido a título de verbas rescisórias⁷. Ainda esse empregado não teve o registro do seu contrato de trabalho, não houve recolhimentos para o seu Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, não houve depósito da multa rescisória de quarenta por cento sobre o FGTS, como também não houve fornecimento de guias para seguro desemprego. Esse trabalhador dirá para si mesmo “eu quero os meus direitos”. Alguns trabalhadores são mais instruídos, outros, menos. Em um caso hipotético, vamos imaginar que este trabalhador não conhece bem o que lhe é devido, como calcular os seus “direitos”, bem como não sabe a quem recorrer. Esse trabalhador vai à Delegacia Regional do Trabalho e, após a espera por seu atendimento, é orientado a procurar um advogado para que leve suas queixas ao Poder Judiciário.

O nosso trabalhador hipotético procura no jornal um advogado trabalhista, telefona e vai no dia combinado. O advogado recepciona o seu cliente, disponibiliza um pequeno espaço de tempo para que o trabalhador se lamente e, logo o interrompe dizendo-lhe que determinadas informações não são importantes. O advogado não quer saber se o antigo patrão dele tem um carro, se a esposa do seu patrão é arrogante, não quer saber se o empregado ali sentado sentiu humilhação por faltar sensibilidade, consideração ou gratidão aos empregadores que o dispensaram. Nesse momento, na frente do advogado, àquele em que o empregado depositará suas queixas e motivos, nem todos os fatos importarão. O advogado só quer saber de alguns fatos muito específicos, qualquer outra coisa não interessa, pelo menos não ao advogado, que, por sua vez, sabe que também não interessarão ao Juiz do Trabalho. A primeira pergunta do advogado é: quando o senhor foi admitido? Se o trabalhador não entender a pergunta, ele terá que falar: em que data o senhor começou a trabalhar? Não interessa ao advogado respostas do tipo: foi no ano passado, depois das primeiras chuvas de março. O advogado precisa de data, com dia, mês e ano. As primeiras chuvas de março não são fatos de boa qualidade. O advogado pergunta: foi na primeira ou segunda quinzena de

⁷ Verbas rescisórias são os valores monetários decorrentes do rompimento do contrato de trabalho entre empregador e empregado, em que são devidas determinadas verbas, a depender de valor de salário, tempo de contrato de trabalho, modalidade da dispensa, etc. São exemplos de verbas rescisórias: Aviso prévio, Décimo Terceiro Salário, Férias, FGTS etc.

março? O trabalhador não sabe. O advogado coloca, então, que ele começou a trabalhar em primeiro de março. As próximas perguntas são: quanto o senhor ganhava? Qual seu horário de trabalho? O senhor tirava intervalo para almoço? O senhor recebia vales transportes? Auxílio alimentação, recebia? O senhor gozou férias? Recebeu 13º salário? Os fatos que poderão ser ditos para o advogado já estão limitados nas perguntas do advogado. Não cabem outras falas, pois não há outras perguntas. O advogado controla o que poderá ser tido por fato na audiência do trabalho, uma vez que só ele poderá narrar, fundamentar e pedir em sua petição inicial. Esse é o primeiro controle social para a construção dos fatos no processo trabalhista.

A petição inicial tradicionalmente considerada pelos juristas possui a seguinte estrutura: dos fatos, do direito e do pedido. A primeira parte, dos fatos, diz respeito a todos os acontecimentos no mundo que, por sua vez, possuam pertinência com o que se pretende alegar para sustentar o pedido posterior. A segunda parte, do direito, são os argumentos jurídicos utilizados para sustentar que dos fatos decorrem determinado direito ou consequência jurídica. E, a terceira parte, do pedido, trata do que se quer com aquela ação. Esse momento é muito significativo para a audiência trabalhista, é uma das grandes etapas. Para o jurista, o que não está nos autos não está no mundo. Logo, a petição inicial é a primeira peça a constituir o processo, ou seja, os autos. Os fatos que forem colocados e a forma como eles forem colocados “determinará o mundo”, este que chegará ao Juiz e que, caso não haja contestação, após citação da outra parte, será tido por verdadeiro. Um mundo escrito, ou seja, os fatos ditos por uma parte poderão ser tidos por fatos verdadeiros que podem ser fatos jurídicos, que podem produzir consequências jurídicas, apesar da irrelevância de sua existência ou inexistência no universo que não o jurídico. A petição é uma das etapas do processo de construção de um fato.

A audiência trabalhista precisa do processo judicial (autos) para que ela seja designada. Sem processo não há designação de audiência e, consequentemente, seu acontecimento. Só que esse processo é nada mais que a petição inicial e os documentos juntados. Aliás, documentos juntados, além de serem coisas e fatos, dentro de um processo, também participam da determinação e construção dos fatos. Por exemplo, uma Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) de um trabalhador que esteja assinada por seu patrão, com o

carimbo da respectiva empresa e com data de admissão em 01.02.2003, produzirá no processo, inicialmente, o fato de que ele é empregado da empresa desde a data constante de suas anotações. Esse fato pode mudar, ainda que exista o documento. Aliás, pode mudar de todas as formas imagináveis, como, por exemplo, pode mudar para dois anos antes, dois anos depois ou até ser tida por sem efeito, se assim as outras forças que participam da construção do fato assim encaminharem.

Se o Reclamante disser na sua petição inicial que começou a trabalhar, realmente, em 01.02.2001, dois anos antes da anotação, e o seu patrão não contestar ou confessar que é este o fato, o fato final constante da ata de audiência ou sentença será que o trabalhador iniciou o seu contrato em 01.02.2001. Se o empregador, embora tenha assinado a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), não tenha feito recolhimentos previdenciários e depósitos de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, ele pode alegar que a anotação não é verdadeira. e, depois, acordar para que a anotação seja cancelada e que outro registro seja feito com data de admissão em 01.02.2005, dois anos depois da anotação, para que os impostos, multas e juros que recaíram sobre ele sejam menores; e, como compensação ao trabalhador, ele oferece uma determinada quantia, sendo que o Juiz do Trabalho homologará tal acordo, selando o fato que fora até ali negociado. Ainda, mesmo que haja anotação, o empregador pode pedir para que seja feito um acordo, antes de apresentar sua contestação, desde que o vínculo empregatício não seja reconhecido e, portanto, todos podem ignorar aquela anotação, para que o processo finde, algum dinheiro vá para o trabalhador e o empregador não gaste tanto. Nesse caso, o fato da vida não teve sua consequência jurídica realizada, pois era necessária naquele momento a avocação de outro fato mais vantajoso para todos. O Direito e o “sistema de regras não escritas” podem construir fatos que interessam mais.

Se uma petição inicial, assinada por um advogado devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, com procuração assinada pelo Reclamante, é ajuizada e protocolada no setor de distribuição da Justiça do Trabalho, para que seja distribuída a uma das vinte e uma Varas do Trabalho, quando for distribuída e autuada por um serventuário da Vara, ela se transformará em um processo. As Varas pertencentes ao Tribunal Regional do Trabalho são uma das mais céleres do país. Em regiões como São Paulo e Rio de Janeiro, existem Reclamações Trabalhistas que podem levar até um ano para serem realizadas ou mais. Enquanto

que em Brasília, os números dos processos distribuídos estão disponíveis em até 24 horas, podendo ocorrer até imediatamente ao ajuizamento. E as audiências têm sido designadas, em média, para 15 ou 30 dias. Com a existência do processo, a parte contra quem está se ingressando a ação trabalhista, Reclamada, será notificada por via postal, podendo também ser por meio de Oficial de Justiça ou por edital, para que compareça à audiência. O advogado avisa ao seu cliente que a audiência será no dia “X”, às “Y” horas, na “Z” Vara do Trabalho, no “W” andar.

Chega o dia da audiência. O prédio da Justiça do Trabalho possui duas entradas, por meio de portas giratórias com detectores de metal. O prédio aparentemente foi projetado para abrigar um hospital, inclusive porque ele está localizado em um setor hospitalar. Não é um prédio próprio do TRT, é alugado. Existem Varas do Trabalho no subsolo, nos quatro andares que o prédio possui. Existe em cada um dos andares uma sala com várias cadeiras em que muitos aguardam as audiências sentados ali. Outros mais temerosos ou cautelosos preferem aguardar no corredor, próximo à sala de audiência correspondente à Vara onde tramita o seu processo. Nos corredores há uma mistura de pessoas pobres, algumas com chinelo de dedos, com muitos advogados engravatados e com pastas na mão e, também prepostos de empresa. Para compor esse cenário, existe um sistema de som em que se vinculam todas as Varas de um mesmo andar, geralmente em número de quatro Varas por andar, que normalmente apregoa as partes dizendo, por exemplo: “14ª Vara do Trabalho, processo n.º 31/2006, Reclamante: João da Silva, Reclamado: Maria da Penha, comparecer à sala de audiência.”

Nos corredores acontecem muitas situações interessantes. Lá é onde os clientes encontram os seus advogados. O advogado costuma dizer para que o seu cliente compareça no dia determinado para a realização de sua audiência com antecedência de 30 minutos ou 1 hora, no andar correspondente à Vara em que está o processo. O cliente, seja ele empregado ou empregador, Reclamante ou Reclamado, costuma ficar apreensivo para encontrar o advogado que marcou o horário para o encontro. O advogado, por outro lado, sabe que a audiência, em virtude de determinação legal e seguimento sério pelos Juízes, não pode ocorrer antes do exato horário da audiência, embora atrasos sejam muito comuns. Os atrasos existem, pois muitas vezes, audiências inaugurais, que são aquelas destinadas para tentativa conciliatória ou apresentação de defesa, são marcadas com intervalos de 05, 10 ou 15 minutos, entre uma e outra. Os advogados sabem que

eles podem chegar faltando um minuto para a audiência ou no exato momento da audiência, inclusive quando o seu cliente já se sentou à mesa. Se, por outro lado, é o Reclamante quem se atrasa, um minuto que seja, o Juiz, rapidamente, sem pestanejar, vai arquivar o processo⁸; menos um trabalho e mais um processo “solucionado” para sua estatística. Existe um pensamento entre os advogados em que eles dizem que os Juízes possuem uma tendência muito clara em querer arquivar processos, declinar competência e extinguir “sem julgamento de mérito”. Um advogado trabalhista informou, inclusive, que uma vez que o Juiz tenha sentenciado, ele está sujeito a que as partes interponham o recurso judicial cabível (Recurso Ordinário, por exemplo), que será julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho (2ª instância). O quantitativo de acertos ou desacertos nas decisões do Juiz, observados pelo Tribunal Regional do Trabalho, serviriam de base “estatística” para determinar o Juiz que seria interessante para a indicação de uma futura promoção por merecimento. O Juiz que julga mais possui maior chance de ter sua decisão (sentença) alterada ou julgada “incorreta” pelo Tribunal.

Voltando à audiência. O cliente está lá esperando, o advogado não aparece e ele fica na expectativa. Acontece, às vezes, que o cliente lembra perfeitamente da fisionomia do advogado, porém o advogado não faz a mínima ideia da fisionomia do seu cliente. Então, o advogado sabido olha para a multidão de pessoas e espera alguém que vai lhe sorrir ou caminhar em sua direção e, aí, ele confirmará se é ele o cliente da audiência de hora tal e Vara tal. E se o cliente não se manifestar? Nesse caso, tudo acontece igual ao ocorrido quando o advogado que vai fazer a audiência não é o mesmo que atendeu o cliente no escritório. O advogado não conhece o cliente e o cliente não conhece o advogado. Então, os advogados nessa situação se posicionam na sala de espera ou no corredor e grita o nome do seu cliente para ver se ele o encontra. Nessa situação, quando o cliente ouve o seu nome, ele se direciona ao advogado desconhecido e este se apresenta como aquele que fará a audiência.

Os corredores do prédio em que funcionam as Varas são o local de encontro e de preparo psicológico e, ainda, dos últimos ajustes para o momento central da

⁸ **Orientação Jurisprudencial** da SBDI I. 245 “Revelia. Atraso. Audiência. (Inserida em 20.06.2001) Inexiste previsão legal tolerando atraso no horário de comparecimento da parte na audiência.” E também: **Consolidação das Leis do Trabalho**. Art. 844 “O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.”

nossa análise etnográfica, a audiência trabalhista. O advogado encontrou o seu cliente; então é hora de repassar as informações, orientar sobre como o cliente deve se comportar, perguntar se há disposição para acordo, se as testemunhas estão presentes, se há algum novo acontecimento que possa influenciar no processo, dentre outras coisas. No mesmo local, estão os advogados das empresas e empregadores que também estão apreensivos. Estão todos em um mesmo local, onde é aguardada a hora da negociação, o embate de possibilidades sobre que fatos serão determinados, fixados, aprovados e reprovados, ou seja, ninguém sabe o que outro vai dizer, inclusive, ninguém sabe como está o estado de espírito do Juiz do Trabalho. É no corredor também que os advogados praticam o que é chamado por alguns como conversa com a testemunha, avaliação da testemunha e, tido por irregular, a expressão “orientação da testemunha” ou “preparação da testemunha”. E o que é orientar uma testemunha? O caso mais típico é quando a parte ou o advogado diz para a testemunha exatamente o que ela deve dizer: que não é amiga do Reclamante, que não tem sentimentos de inimizade para com a Reclamada e que não tem interesse sobre o resultado da causa, e que a Reclamante trabalhava em “X” condições, em “Y” horário, em “Z” período etc. Esse advogado, a princípio, está tentando forjar uma prova e ser bem sucedido na utilização dessa prova.

Apostos os advogados do Reclamante e o Reclamante, bem como advogados do Reclamado e o Reclamado, ao ouvir pelo sistema de som do Tribunal Regional do Trabalho da Região a Vara do Trabalho o número do processo e seus nomes, eles entram para a audiência. O Reclamante caminha para a direita acompanhado de seu advogado. O Reclamado caminha para a esquerda também acompanhado de seu advogado. Reclamante, Reclamado e advogados respectivos estão separados por uma mesa. Em cima da mesa, existe um monitor, conectado ao monitor da auxiliar da audiência, em que a ata pode ser visualizada pelos advogados, ao mesmo tempo em que está sendo redigida. Na Justiça do Trabalho, o advogado senta mais próximo do Juiz, enquanto o cliente fica ao seu lado. Na Justiça Comum, é o cliente que senta próximo do Juiz e o advogado do lado. Talvez a explicação para isso seja o fato de que se trata o trabalhador como hipossuficiente. Ainda porque, na maior parte das audiências, são os advogados que se manifestam e falam pelas partes. Uma questão que se coloca é o porquê dessa necessidade de que os advogados intervenham tanto no processo de diálogo entre as partes e o Juiz, e entre partes e partes. O discurso jurídico diz que

é para garantir que a comunicação se dê sem o calor dos ânimos de quem se vê envolvido pelo conflito nos autos. Dá para pensar sobre a possibilidade de que, assim, a existência somente do Juiz poderia ser suficiente.

A audiência inaugural

Com o Reclamante, o Reclamado e os respectivos advogados sentados, a audiência trabalhista é iniciada. A primeira coisa que o Juiz faz é verificar se as partes presentes são as mesmas que constam no processo. Em geral, ele pede ao Reclamado a carta de preposição e o contrato social da empresa. A carta de preposição é um documento assinado pela empresa que autoriza que o preposto a represente na audiência. O Juiz também confirma se a parte é a que consta nos autos. Os advogados também são identificados, pois nem sempre o advogado que assinou a petição é quem faz a audiência. Isso ocorre, por exemplo, quando o escritório responsável pela causa possui muitos advogados ou quando o advogado da causa solicita a um colega que faça a audiência em seu lugar. O advogado do empregador necessita se identificar, pois é a primeira vez que aparece no processo. Os advogados fornecem o nome e o número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Após partes identificadas e advogados, o Juiz pergunta para as partes, aguardando que os advogados respondam: “Existe acordo?” ou “Alguma possibilidade de Acordo?” ou, então, algo assim: “Há alguma proposta, doutor?” Nessa hora, existem duas posturas mais comuns dos Juízes: ou o Juiz pergunta com um controlado ar de desprezo e indiferença para a possibilidade ou não do acordo e, enquanto ele faz isso, corrobora sua expressão facial e tom de voz, com um movimento do corpo mexendo ou lendo os processos; ou, então, o Juiz do Trabalho fala em tom mais receptivo, inclinando o corpo em direção à mesa e no sentido em que se encontram as partes, como se dissesse: “Eu ficaria feliz por vocês se a paz se estabelecesse por meio do acordo.” A primeira disposição do Juiz, que eu chamarei disposição de indiferença, na maioria das vezes é uma expressão falsa e fingida. A sequência da audiência revela que, na verdade, esse expressado desprezo é um falso desprezo. Ele tenta mostrar algo como : “Eu estou aqui para trabalhar e, tanto faz para mim, homologar o acordo, ou instruir o processo, julgar e proferir minha sentença”. Acompanhando a continuidade da sentença, é observável impaciência do julgador e certa raiva para aqueles que

não preferem o acordo ou que dificultam a negociação. Aliás, a grande maioria dos advogados trabalhistas conhece algum caso, muitas vezes pessoal, em que o Juiz do Trabalho ficou indignado e enfurecido porque o acordo tinha tudo para sair e não saiu. A não realização do acordo pode significar para o Juiz do Trabalho um processo para instruir, julgar e mais um entulhado nos arquivos da secretaria da Vara, quando chegar à fase de execução do processo. Para o Juiz e para o benefício de toda a “política judiciária”, o acordo é ótimo. A propósito, a história do Direito brasileiro poderia ser contada sobre o viés do interesse de determinados grupos sociais produzirem e manterem demandas e conflitos judiciais. Quanto mais conflito, associado ao monopólio de dizer o direito, acrescentado pela ideia de que a advocacia é atividade essencial à justiça, mais forte se estabelecem determinadas categorias. Há momentos em que o direito procura aumentar a oferta de demandas, como também há momentos em que a busca é pela diminuição das demandas, sob um verdadeiro processo de controle inflacionário de demandas judiciais. A Justiça do Trabalho está, atualmente, numa verdadeira campanha pela conciliação, mas o intuito humanitário e busca pela pacificação social não são os principais motivadores.

O discurso jurídico, porém, diz que essa primeira frase do Juiz em que ele tenta a conciliação não é determinada necessariamente por interesses de “política judiciária”, mas, via de regra, porque a lei diz que deve ser assim, ou seja, a Consolidação das Leis do Trabalho dispõe dessa forma. A ata, que segue muitos padrões de modelos de atas do sistema de informática do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, já possui lá o texto padrão para a tentativa conciliatória frustrada, ou modelos de atas com texto para que se digite o acordo e termos do acordo. Esse sistema de informática é tão interessante que, por exemplo, em casos de parcelamento de acordo, o sistema abre um formulário para que sejam inseridas as datas, sendo que, se recaírem em dias não úteis, o sistema já determina a próxima data útil, basta acrescentar nos campos os valores e dia do mês fixado, que ele já incorpora ao texto da ata. O sistema de informática, desenvolvido pelo setor competente do Tribunal, condensa os principais modelos de atas, o que também influencia e condiciona em alguns casos a maneira que os fatos serão construídos para atender as possibilidades do sistema de elaboração de atas. Só um exemplo, o sistema de informática funciona melhor se o dia para pagamento do acordo todo o mês for somente um, sem grandes variações.

O “sistema de regras não escritas” não quer dizer que ele não se utiliza das regras escritas, codificadas e legais. Há uma relação entre as regras escritas e as regras não escritas. As regras escritas fazem parte e possibilidade do discurso a ser utilizado. O discurso pode usar um paradigma ou outro. Há uma regra que não pode deixar de ser seguida é a de que os advogados deverão se pronunciar sobre a possibilidade ou não do acordo. O que fica aberto é a forma que eles responderão. Não se trata apenas de dizer sim ou não. Há várias tonalidades e tipos de sim e tantos outros de não. Qual não e em que tom dizer? O advogado do Reclamado pode dizer um não forte e enfático, aguerrido e com um sentimento de afronta com aquela pergunta. Ele pode dizer um não entristecido e magoado, como se o seu cliente se sentisse injustiçado e traído por ter sido acionado judicialmente. Ele, ainda, pode dizer: “Olha, Excelência, a princípio, não”, deixando a impressão de que é possível um acordo, mas que é necessário aguardar um pouco mais de movimento da parte contrária ou do que mais será apresentado no processo. Nessas variadas possibilidades de não, pode residir uma estratégia de defesa, uma estratégia de convencimento, uma estratégia para se tentar o acordo, o atendimento pelo Advogado de questões pessoais por parte do cliente, ou uma série de outras possibilidades. Antes, porém, é necessário conversar para saber se os fatos que serão colocados na ata representam os interesses dos envolvidos. Nesse momento podese ver que os supostos fatos da vida e os supostos fatos jurídicos não determinam nada. Os fatos jurídicos e os fatos da vida não podem ser decididos ou escolhidos sem considerar os homens que estão envolvidos. Caso contrário, os fatos da vida e os fatos jurídicos é que estariam determinando como nós iríamos viver e não o contrário. As leis da física poderiam até determinar como um homem deve viver, pois as leis da física não abrem espaço para negociação ou discussão, agora as leis da sociedade possuem um espectro maior de possibilidades, ou seja, existem opções que podem ser negociadas, discutidas e repensadas.

E quando a resposta é afirmativa para a pergunta do Juiz do Trabalho sobre o acordo? Quando é sim, essencialmente, não há grande mudança no comportamento. O que muda é o destino e o caminho que estão sendo trilhados para a produção, negociação e construção dos fatos. Quem sinaliza sim para um acordo, busca que os fatos sejam decididos de uma maneira mais convergente e concordante. Contudo, há sins e sins. O advogado da Reclamada pode dizer com alegria, expectativa e um pouco de satisfação na condução para um acordo: “Sim,

Excelência, nós temos todo o interesse que seja feito um acordo”. Ele pode dizer um sim, que na verdade é um não, pois logo em seguida ele diz que a proposta é X, cujo valor é ínfimo e absurdo dentro do que se pediu na petição inicial. Por exemplo, um advogado faz uma petição inicial onde ele pede inúmeros direitos, sendo um deles a afirmação de que o Reclamante não praticou nenhuma falta grave, que não poderia ter sido dispensado por justa causa, e, portanto, merece todos os seus direitos, dispensado que foi sem justo motivo, com um valor de causa em R\$ 5.200,00 (cinco mil e duzentos reais). O sim que é um não debochado é a outra parte dizer que propõe um acordo para pagar R\$ 100,00 (cem reais). O risco nesse tipo de sim é demonstrar uma atitude de deboche e angariar a antipatia do Juiz. Essa é uma questão que tem se tornado uma verdadeira categoria de pensamento na análise do funcionamento das audiências trabalhistas, qual seja, a busca pela antipatia ou simpatia do Juiz. Embora isso não seja matéria dos manuais de Direito, essa questão determina, muitas vezes, uma discussão judicial melhor do que qualquer artigo da Constituição ou do Código Civil. A ideia é saber buscar a simpatia do Juiz na audiência e evitar ganhar a antipatia.

Outra tonalidade de “sim” é aquele em que, no intuito de lamentar uma suposta dificuldade financeira, ele diz que quer fazer o acordo, porém que dependerá do valor e das condições ofertadas, e, em seguida, começa a se queixar de que os negócios não estão indo bem, de que está sendo acionado por inúmeros empregados, que seu nome está “sujo na praça” e tantos outros jargões. O processo de negociação para definição dos fatos que poderão ir para a Ata de Audiência segue um ritual que não pode ser quebrado ou invertido, pois é uma ofensa gravíssima. O teatro e as atuações em seus respectivos momentos deverão ser seguidos e cumpridos até o desfecho final. Se não for assim, a moralidade coletiva é extremamente afrontada e, parafraseando Durkheim, “os deuses poderão entrar em guerra”. Embora a ideia seja o acordo e o fim do processo, isso não pode ser dito assim. Deve pairar sempre a ideia de que interesses morais e valores elevados estão em debate, sendo que o ritual é, para isso, tentar convencer, justificar, persuadir, seduzir e chegar a um denominador que não seja tão agressivo e que não afronte interesses e valores instituídos.

Depois que o Juiz pronunciou a frase mágica com a qual ele dá início à audiência, ao processo de negociação, e o Reclamado respondeu obrigatoriamente sobre a possibilidade do acordo, é necessário verificar o próximo passo, que agora não pode mais parar. A outra parte deve dizer alguma coisa após a manifestação

da Reclamada. Geralmente, é o Reclamado que se manifesta primeiro, quando o Juiz pergunta sobre a possibilidade conciliatória, pois, em regra, o Reclamante “quer tudo o que ele pediu na petição inicial”, o que nem sempre é verdade.

Existe entre alguns advogados trabalhistas a ideia de “bombar” a petição inicial. “Bombar a petição inicial” é pedir muitas coisas, inclusive coisas juridicamente temerárias, de difícil prova ou obtenção de sucesso, somente para intimidar o Reclamado, sobre a possibilidade de uma eventual condenação, ou para elevar o valor da causa a fim de se conseguir um acordo melhor. Com isso, é possível que um Reclamante que tenha direito a R\$ 800,00 (oitocentos reais), entre com uma ação pedindo R\$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos) e acabe fechando um acordo em 02 (duas) parcelas de R\$ 500,00, totalizando R\$ 1.000,00 (mil reais), ou seja, um valor superior ao que ele teria direito. O próprio advogado que ajuizou a ação trabalhista pode trabalhar com a ideia de que, dentro do jogo, ele pode ganhar mais ou menos, o que vai depender da sua capacidade de “jogar” e negociar. O interessante é que o próprio sistema jurídico permite isso.

Vejamos um golpe que um médico renomado sofreu, onde os estelionatários utilizaram o próprio Poder Judiciário e o sistema jurídico. Embora essa questão não tenha diretamente a ver com audiências trabalhistas, ela é muito instrutiva. Esse médico pneumologista, que é pesquisador conceituado e morador em Brasília, recebeu uma correspondência de Porto Alegre que dizia que ele seria agraciado com uma condecoração pelo seu brilhantismo como pesquisador e pneumologista. Tal premiação é conhecida e relevante. O médico, sentindo-se lisonjeado e feliz, enviou um e-mail agradecendo com a honraria em questão. Passado algum tempo, esse mesmo médico recebe uma outra correspondência dizendo que ele deveria remeter o valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) para despesas envolvendo a condecoração. O médico não gostou, pois não achou correto um procedimento de uma entidade que cobraria por uma condecoração onde ele seria agraciado, e não enviou o dinheiro. Algum tempo depois, ele recebe uma intimação, de um processo que tramitava em Porto Alegre, dizendo que ele deveria comparecer ao Fórum localizado naquela cidade, a fim de se defender sob pena de que, não apresentando contestação, seria considerado revel e todos os fatos alegados pela outra parte seriam tidos por verdadeiros. O médico não compareceu, pois não se deslocaria para Porto Alegre só para contestar uma ação, ainda mais em um valor que possivelmente é inferior ao que ele gastaria com deslocamento, hospedagem e advogado. A audiência ocorreu e ficou deter-

minado na sentença que ele é devedor. Ou seja, o fato construído foi o alegado na petição inicial e que não foi contestado. A sentença em que não há recurso, após um determinado prazo, torna “coisa julgada”, nesse caso, coisa julgada material, sendo que o dogma da coisa julgada, diz que “tá julgado, tá julgado”. O jogo foi esse e agora não há muito que se discutir.

Outro exemplo interessante, embora não seja da audiência trabalhista, é o caso de um senhor idoso que adentrou uma loja de conveniência em um posto de gasolina. Esse senhor, ao adentrar a loja, tomou e pagou um café; porém, antes de ir embora, foi até um dispositivo que suporta revistas, escolheu uma revista masculina que traz ensaios sensuais de mulheres, retirou um plástico de “pvc”, que recobria a revista para evitar que os clientes ficassem folheando e começou a folheá-la. A funcionária resolveu chamar o proprietário da loja de conveniência que estava próximo ao local, uma vez que a orientação é de que os funcionários não permitam que os clientes violem o plástico que recobrem as revistas. Quando o proprietário chegou próximo ao senhor idoso, disse: “Meu senhor, por gentileza, o senhor terá que comprar a revista”. O senhor idoso, espantado, pois estava concentrado na leitura, teve uma reação inesperada. Ficou com raiva, se sentiu ofendido, disse que não levaria a revista, uma vez que não a estava folheando, e que aquela atitude do gerente era um absurdo e que, por fim, ajuizaria uma ação de indenização por danos morais contra aquele estabelecimento e foi embora. O proprietário achou loucura, mas esqueceu.

Algum tempo depois, não muito, chega uma correspondência de citação para a loja de conveniência, em que informava do ajuizamento de uma ação de indenização de danos morais pelo senhor idoso em que ele pedia uma quantia enorme e contava uma estória de acusações indevidas e desrespeito praticados contra ele. O proprietário foi à audiência, porém, a narrativa do senhor era de tal maneira que a Juíza, após longa negociação, impôs a ele, “sugerindo”, que R\$ 1.000,00 (mil reais) era um bom valor para acordo. Na audiência trabalhista, quando um Juiz diz que acha “um bom acordo” ou “um acordo razoável”, a regra diz que é melhor aceitar o acordo, sob pena de que a condenação possa ser muito mais desvantajosa do que o acordo em questão. O acordo foi feito e o fato construído e determinado é que R\$ 1.000,00 (mil reais) era compensador pelo dano sofrido pelo idoso. O pior de tudo é que o proprietário tem tudo para ficar feliz com o acordo, pois uma eventual condenação poderia ser em valores muito mais elevados e sua chance de negociar após a prolação da sentença ficaria muito

mais difícil, pois, nesta altura, já existe um documento que atesta a existência do fato criado. O problema para o perigo da criação desse fato é que a Juíza já havia deixado claro que, se não houvesse acordo, ela sentenciaria favorável ao pobre senhor idoso. Esse exemplo demonstra as possibilidades de determinadas narrativas e enunciados que são levados ao Poder Judiciário serem acatados indiscutivelmente pelos atores envolvidos, inclusive, em virtude de representações importantes que são compartilhadas.

Todavia, voltemos à audiência trabalhista, chegando-se ao ponto em que o Reclamante deve dizer algo para dar pistas sobre como será a sua postura e seus interesses no acordo. Ele não pode ignorar o que foi dito pelo Juiz e o que foi dito pelo Reclamado. Será a hora em que um advogado mais espirituoso pode mudar tudo, ou que um advogado mais temeroso possa ter interesse em buscar zonas de conforto. Aliás, essas coisas dependem do tipo de ação, das perspectivas de sucesso, das dificuldades em relação às provas e, até de interesses mais corriqueiros, como por exemplo, o interesse do advogado em pagar uma conta que está prestes a vencer (o acordo viabiliza de maneira mais rápida o pagamento dos honorários advocatícios). A postura e o temperamento do cliente também interferem nas possibilidades do pronunciamento. Há clientes intransigentes que não aceitam de modo algum o acordo. Os advogados devem defender, ou pelo menos, aparentar defender, que são isentos e independentes para atuarem como defensores dos interesses dos seus clientes, como se os seus interesses não estivessem lá presentes. Alguns advogados até fazem com que pessoas mais ingênuas acreditem na sua convicção e idealismo. Outros advogados deixam claro que o interesse deles é somente os honorários que serão pagos ou que poderão render daquele processo. Os clientes, principalmente as pessoas com menos instrução e condições materiais, depositam uma grande confiança em seu advogado, inclusive, por estarem numa situação de ignorância sobre o que está acontecendo e sobre o que estão falando. O advogado esperto ou habilidoso pode usar dessa confiança e desconhecimento para manipular as reações e os sentimentos do seu cliente. O advogado pode dizer baixinho no ouvido do cliente: “Não aceita acordo nenhum. Esse valor é muito pouco para o que você tem direito. O seu patrão não pode sair dessa assim. Se você não fizer o acordo, nós vamos ganhar mais no final.” Com essas palavras, o cliente “enche o peito de confiança” e diz: “Eu não aceito o acordo. Esse valor é muito pouco”. O Juiz, nessa hora, pode olhar para o advogado e dizer: “Doutor, tente explicar para o seu cliente que é melhor ele

aceitar esse acordo”. O advogado poderá dizer: “Excelência, o meu cliente não quer o acordo e eu não posso contrariar esta vontade”. Esse mesmo advogado pode usar o seu cliente até o momento em que o acordo possa ser interessante aos olhos do advogado.

O mesmo advogado que induziu o seu cliente a não aceitar o acordo, não terá nenhuma vergonha de dizer, logo em seguida, sem que nenhuma alteração séria no processo tenha ocorrido, apenas o aumento da proposta de acordo: “Olha, eu acho que você deve aceitar o acordo. O processo não está tão favorável assim. As nossas testemunhas não estão boas. Há um risco de que nós percamos no final. Se você não aceitar o Juiz pode ficar com raiva. É melhor garantir esse valor agora do que não ganhar nem isso no final. Esse processo pode demorar anos e, de repente, nós nem consigamos executar o seu patrão”. O cliente nessa hora fica perdido. O advogado que estava há poucos minutos cheio de garra e confiança, começa a dizer que as coisas não estão tão favoráveis quanto parece e que o acordo que antes era um absurdo, passou a ser considerado a única saída inteligente. Todas essas questões acontecem na frente do Juiz, que deveria zelar pelos direitos e pela dignidade do trabalhador, até porque os direitos do trabalhador são considerados pela doutrina jurídica como “indisponíveis”.

A personalidade do advogado define muitas vezes a maior ocorrência de acordos ou sentenças. Os advogados levam certa vantagem sobre o Juiz no que diz respeito à posição e condição de exercer influência sobre seus clientes. Um advogado que não esteja precisando de dinheiro naquele momento, preferirá aguardar a sentença e a fase de execução, pois as possibilidades de ganhos maiores são melhores. Se o advogado, por outro lado, necessitar do dinheiro dos honorários para cobrir despesas de manutenção do escritório ou pessoal, o interesse ficará em que os processos terminem o mais rápido possível, de preferência por meio do acordo. Existem processos que são considerados investimentos a longo prazo, a médio prazo e a curto prazo. Isso em virtude da “liquidez” do processo. Processos, por exemplo, envolvendo contratos de trabalho doméstico, são ações em que a possibilidade de um acordo na primeira audiência é muito grande. Processos contra empresas grandes, em outro giro, podem até render muito mais dinheiro, mas os advogados já sabem que são processos para serem recebidos daqui a cinco anos. Compensa para a empresa grande, como política de gestão de recursos humanos, ter um escritório exclusivamente para protelar processos por anos e anos. A empresa precisa mostrar para os funcionários que

empregado que entra na justiça contra ela pode até receber, mas com muito sacrifício e desgaste. Aliás, os advogados falam sempre que compensa mais para as empresas pagarem o dinheiro que seria para pagar uma condenação trabalhista e aplicar no mercado financeiro, pois, se após todos os recursos, após anos, ela ainda tiver que pagar a condenação, os juros que incidiram sobre aquele valor de condenação inicial é de apenas um por cento mais correção monetária, percentual inferior ao que um dinheiro bem aplicado renderia. O ditado dos fóruns trabalhistas é o de que “compensa, pelo menos para as grandes empresas, não pagar a condenação trabalhista e protelar ao máximo com todos os recursos e estâncias possíveis”.

Há a regra, que deve ser compartilhada por todos, de que o Juiz é imparcial e sempre justo, pois desacreditar isso é romper com todas as bases do sistema. Se as pessoas começarem a achar que não há a possibilidade de sair dali uma decisão correta e “justa”, ainda que essa correção esteja sob o paradigma da formalidade e legalidade, isso poderia colocar em xeque a autoridade do Juiz e de todo o sistema e nada daquilo poderia continuar. Se um Juiz perde completamente a compostura e deixa de desempenhar minimamente o seu papel, ele poderá ser imediatamente tido como ilegítimo e ninguém se manteria sobre a estrutura social da audiência trabalhista. A estrutura social depende de que seus atores sociais estejam seguindo o “sistema de regras não escritas” e desempenhando o seu papel, inclusive, observando todo o ritual, se assim for prescrito pelo coletivo.

Algumas das possibilidades é que o Reclamante assinta com a aproximação da Reclamada para o acordo. Também, ele pode se ofender com uma postura rígida demonstrada pela Reclamada em seu momento de fala. Ainda, é possível que ela se convença de que o acordo pode ser mais vantajoso do que “os riscos e a demora da demanda”. Ademais, há motivos pessoais que podem interferir no pronunciamento pelo Reclamante neste ponto em que ele deve se manifestar sobre a possibilidade ou não do acordo. Uma esposa pode estar orientada pelo marido de que não deve aceitar um acordo em hipótese alguma. Uma pessoa pode não querer dar o braço a torcer em face de alguma humilhação que ela tenha sofrido. Há situações em que o Reclamante aceita qualquer acordo, em razão de não ter sequer o dinheiro para pagar a passagem de ônibus de volta para sua casa. As possibilidades são muitas, o que há de constante e regular é que esse momento existe na audiência como parte fundamental do processo de diálogo,

de negociação e de observação pelos atores sociais sobre quais fatos poderão ser construídos. Sem essa conversa, não há como decidir, interpretar, pensar todo o processo decisório. O processo decisório não é algo que possa ser afastado dos elementos que estão postos para decidir, assim como a decisão se vincula ao processo decisório e aos elementos postos, sendo que dentre esses elementos existem os interesses para que a decisão seja em um sentido ou em outro. Depois que o Reclamante se manifesta e aponta seus interesses, seus objetivos, seus pontos de convergência com o Reclamado, sua postura na negociação, é que o Juiz possuirá condições de analisar as possibilidades, sendo que, é possível também que as partes estejam blefando.

A audiência trabalhista tem uma vantagem enorme sobre outros tipos de processos decisórios, pois ela tem uma fase que podemos chamar de informal e outra que chamaremos de formal. Durante a fase informal, em tese, tudo pode ser dito, sem que se comprometa seriamente a fase formal. A fase informal compreende esse período em que o Juiz abre o período conciliatório e vai até o momento em que ele declara a tentativa conciliatória frustrada e abre a nova fase processual para a entrega de contestação, réplica, depois instrução e, por fim, o julgamento. Muitas vezes, na fase informal, o Juiz é sereno, conciliador, transigente, amigo e acessível, porém, se não der certo a fase informal, tudo pode mudar. O Juiz pode ficar rígido, intransigente, inacessível, autoritário e até cruel.

É como se ele escondesse a sua raiva por meio de uma suposta eficiência técnica e jurídica e se vingasse dizendo: “Agora, eu sou imparcial, racional. Eu sou só a lei, pura e cega. Não é isso que vocês querem? A lei ; doa a quem doer?” Na fase informal, é possível que uma das partes admita algo e, não havendo acordo nessa fase, ela negue completamente na outra fase e o Juiz não faça nada contra isso.

Existe um discurso no sentido de que tudo que acontece na audiência deverá ser registrado na ata, porém, por outro lado, existe também outro discurso que diz que o Juiz somente deverá registrar na ata o que for relevante, porém quem decide a relevância é sempre o Juiz. Outro fator é a vinculação clara da servidora que redige a ata com o Juiz que preside a audiência. Ela só escreve o que ele determina, na forma que ele determina. Se houvesse independência por parte de quem registra, talvez toda a estrutura estivesse organizada de um outro modo. Assim como, se houvesse um registro por meio de imagens ou mesmo

pela gravação do áudio, todo o processo de construção dos fatos sofreria alterações. Quem controla o sistema de inscrição tem melhores condições de inscrever os fatos que serão determinados ao final. Ainda, “As atas de audiências deverão refletir o que realmente aconteceu naquela sessão, com todos os seus incidentes e percalços (art. 817, CLT)” (BENEDITA, encontrar: In OLIVEIRA, Antônio Francisco. Manual do Processo do Trabalho), embora isso não aconteça.

Os acordos poderiam, em tese, ser celebrados de muitas maneiras, pois se trata de uma relação privada e contratual entre os litigantes. Entretanto, existem alguns padrões para a realização dos acordos. Inicialmente, quase todo acordo está relacionado a valores monetários. O empregado quer, em regra, dinheiro. Não houve nenhum acordo presenciado durante a observação no qual o desejo de uma das partes era um pedido de desculpa ou que uma das partes se comprometesse a praticar algum ato qualquer, como, por exemplo, uma doação a instituições de caridade ou o desenvolvimento de alguma obra social. O empregado quer alguma quantia em dinheiro e o empregador quer pagar o mínimo. É habitual que a discussão gire somente em torno de algum valor e, inclusive, é espantoso que o valor para mais ou para menos seja o único referencial importante, sem que esteja vinculado a qualquer pedido específico da petição inicial ou a algum princípio moral ou religioso. Por exemplo: em uma ação em que o valor da causa é R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e em que existe uma infinidade de pedidos e questões trabalhistas que vão de A a Z, a Reclamada diz que pode pagar R\$ 5.000,00. O Juiz do Trabalho instiga a parte contrária, e o Reclamante diz que só aceita o acordo se for R\$ 15.0000 (quinze mil reais) e nada menos do que isso. O Juiz do Trabalho já sabe onde esse acordo vai chegar. As pessoas envolvidas já sabem que o acordo não será de R\$ 5.000,00, bem como que não será de R\$ 15.000,00. A regra social, conhecida pelos advogados, é oferecer inicialmente bem menos do que você tem condições de pagar e quer pagar. Por outro lado, o advogado do Reclamante sempre pedirá um valor bem superior ao que ele realmente está disposto ou quer receber. Por incrível que possa parecer, o acordo necessita passar por esta gangorra até chegar ao valor final. Se o Juiz estiver um pouco mais apressado ele pode fazer o seguinte: ele pega os R\$ 5.000,00 (cinco mil) de um; soma aos R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) do outro; obtém como resultado R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); que, por seu momento, é dividido por 02 (dois); sendo obtido o valor médio de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Os observadores daquele “jogo de cena” já são capazes de apostar que o acordo girará em

torno de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Todavia, não é elegante para o Juiz agir de modo calculado e frio. Ele deve seguir as etapas para que não transpareça claramente que é só a questão monetária que passou a ser o objeto da negociação. Onde ficaria o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas? A Justiça do Trabalho possui como regra a de que deve se pautar por valores e princípios de humanização das relações trabalhistas. O trabalhador é um ser humano e, por meio do trabalho digno e sob a proteção do hipossuficiente pelo Estado, é que ele concretiza a sua humanidade. Deixar que o Judiciário Trabalhista se transforme em mercado, onde o trabalhador é alienado e transformado em mercadoria, não seria moralmente admissível. O sentimento coletivo diz que é mais apropriado que a negociação se dê de maneira um pouco mais lenta. Quem ofereceu R\$ 5.000,00 deverá aumentar sua oferta. Quem ofereceu R\$ 15.000,00 deverá, dentro do seu papel, diminuir sua oferta. Dessa forma, o encontro para o valor convergente pode aumentar de R\$ 500,00 em R\$ 500,00; ou de R\$ 1.000,00 em R\$ 1.000,00; ou qualquer outro valor. Obviamente que existe uma enormidade de fatores que vão interferir nas propostas iniciais e no avanço para o valor convergente do acordo; porém, a dinâmica é a do “pingue-pongue” e suas variações.

O acordo não se resume somente a dinheiro. Também existem, contudo, em menor consideração por todas as partes, outros pedidos que, indiretamente, também representam a obtenção de mais dinheiro. O pacote clássico do acordo é: dinheiro, FGTS e seguro desemprego. Esse pacote pode ser dito de outra forma, tal como: dinheiro que sai do bolso do patrão, dinheiro que já saiu do bolso do patrão e está depositado na Caixa Econômica Federal (CEF), e dinheiro que saíra do bolso do governo para o bolso do empregado. Se alguém objetar essa ideia fortemente monetária que paira sobre o acordo, poderá dizer que há também o pedido de anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social, que é, quando conveniente, um ponto de honra para Juízes e que, talvez, devesse ser ponto de honra na consciência social de alguns advogados, uma vez que, com a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, o trabalhador poderá fazer uso do amparo dos benefícios previdenciários por meio do Instituto Nacional do Seguro Social. Essa defesa para a assinatura da Carteira de Trabalho e Previdência Social é apenas um discurso usado para diversos outros fins. Na verdade, a CTPS deve ser assinada para que o trabalhador consiga cumprir as formalidades para obter o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e o Seguro Desemprego. A assinatura da CTPS, embora sob o discurso de que é algo de fundamental

para o trabalhador, é, em vários casos, tratada como algo sem relevância e, mais, algo que não traz prejuízos para ninguém. Aliás, a legislação previdenciária é uma das legislações que mais se alteram em menor espaço de tempo de todas as outras legislações, bem como suas mudanças que, muitas vezes não se dão por lei federal, porém por portarias, provimentos, resoluções, instruções normativas e outros atos normativos administrativos, que, em tese, não poderiam alterar o que diz a lei. E, quem conhece a prática do Instituto Nacional da Seguridade Social verá que a simples anotação na CTPS não é suficiente para a obtenção dos benefícios previdenciários. Na Justiça do Trabalho existe uma ideia de que se houver anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, o trabalhador obterá os benefícios. Não havendo depósitos efetuados corretamente em nome do trabalhador, não haverá como obter nenhum benefício do Instituto Nacional do Seguro Social, inclusive, qualquer tipo de aposentadoria. Os Juízes do Trabalho fazem “vista grossa” para as dificuldades que um trabalhador irá enfrentar para obter sua previdência social quando criam a expectativa no trabalhador de que basta a anotação para que eles garantam sua filiação ao regime. É uma ilusão acreditar que o fato jurídico consistente na anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social assegurará a consequência jurídica, amparo pela Previdência Social. Contudo, é uma ilusão conveniente em certos casos.

Os Juízes sabem que o acordo é o caminho mais rápido para arquivar um processo. Há também certa descrença com o sistema a ponto de que não vale a pena encher o peito de ideais e tentar mudar o mundo, principalmente, o mundo conflituoso, estruturalmente conflituoso, entre empregadores e empregados. Os Juízes estão dispostos em consolar o trabalhador, não inviabilizar a atividade econômica, defender sua posição social e arquivar mais um processo, sendo que o acordo consegue tocar nesses pontos.

O acordo também é importante para aqueles que estão temerosos com as possibilidades de perda e ganho. Uma vez selado o acordo, o controle sobre o que se ganha de um lado e o que se perde do outro é mais eficiente. Uma das partes pode desconhecer as forças do outro para ganhar a ação, porém, pode conhecer suas fraquezas. O acordo serve muitas vezes também como um excelente negócio. Aliás, o custo dos encargos trabalhistas torna atrativa a utilização do Poder Judiciário Trabalhista como um ponto de acordos de rescisões trabalhistas e homologação desses acordos. O exemplo é bem fácil: uma das preocupações dos empregadores na hora de demitir um funcionário é pagar a multa de 40% sobre

o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. O trabalhador não quer pedir dispensa, pois gostaria de sacar o seu FGTS e obter as parcelas do Seguro Desemprego. Além do mais, é devido ao governo, quando do pagamento da multa de 40%, mais 10% de tributo. Qual a solução encontrada por muitos empresários? O trabalhador entra com a ação trabalhista pedindo todos os seus direitos contra o seu patrão e dizendo que foi dispensado sem justa causa. O patrão comparece à audiência e oferece o seguinte acordo: determinada quantia em dinheiro, anotação da CTPS, liberação dos valores depositados no FGTS e liberação das guias de seguro desemprego. O empregador aceita o acordo e o Juiz do Trabalho homologa. Assim, o empregador consegue liberar o FGTS do empregado e o seguro desemprego para o trabalhador, e o patrão deixa de pagar a multa de 40% mais 10% de tributo. Com o acordo homologado por Juiz do Trabalho, não haverá dificuldades para o saque do FGTS e obtenção do seguro desemprego.

Outros aspectos presentes em todos os acordos são as custas processuais que sempre ficam a cargo do Reclamante e, logo em seguida, as custas são dispensadas em virtude do Reclamante alegar ser juridicamente pobre. A regra aqui é: se o patrão, aquele que se esforça para manter uma atividade econômica, já consentiu em um acordo, assim, o Estado não precisa dos valores que poderiam ser pagos pelos “usuários” da Justiça do Trabalho. A definição do fato de que as custas serão do Reclamante para que sejam “dispensadas na forma da lei” é regra. Outro fato que sempre acontece em todos os acordos são as conhecidas parcelas indenizatórias que se distinguem das parcelas salariais, pois o pagamento delas ao trabalhador é considerado indenização, sendo que, classificadas como indenizatórias, o fisco fica impedido de cobrar uma série enorme de tributos. O Direito Tributário determina que incidam sobre as parcelas salariais, ou seja, sobre valores pagos ao empregado que tenha caráter ou “natureza jurídica” de salário, como por exemplo, salário, férias, 13º salário e os tributos devido à Previdência Social. O problema é que o interesse do Estado em arrecadar sempre mais, dificulta a realização dos acordos. Se o empregador tiver que pagar além do valor para o empregado, o imposto que deve incidir sobre este valor, certamente que o empregador quererá pagar menos ao empregado. O Juiz tem o interesse de distribuir um pouco a renda, mas não compactua, geralmente, com o governo em sua sanha tributária. Quais são os fatos que precisam ser criados para conciliar mais dinheiro para o empregado, o consentimento do empregador em fazer o acordo e a salvaguarda do discurso que o Juiz não esteja descumprindo os

ditames da lei? A solução é definir que os valores pagos serão todos “a título de verbas indenizatórias”, ou seja, o Juiz viabiliza o acordo, determinando que o fato em questão é de consequência jurídica tal que não implique no pagamento de contribuições previdenciárias do empregador. Esses fatos são conhecidos pelos advogados e juízes como “parcelas indenizatórias”.

As parcelas indenizatórias, como explicadas acima, não são fatos jurídicos que façam incidir tributo, sendo que uma vez que sejam esses os fatos construídos, e não as parcelas salariais, fica mais fácil o acordo. Existem situações que fica patente para o Juiz que não houve o vínculo empregatício, mas que houve a prestação de serviços, sendo devido o pagamento. Para essa situação, há Juízes que propõem para as partes que acordem como se tivesse havido o contrato de emprego, para que seja possível fazer o acordo com o reconhecimento do vínculo empregatício, tornando viável que se pague tudo em parcelas indenizatórias para evitar o pagamento de impostos. É o próprio Juiz que propõe, na maior “cara de pau”, a brecha jurídica. Nesse caso, existe uma pessoa, que, por sinal não estava na audiência, que não terá atendido o seu interesse, que é: o INSS. O INSS será intimado do acordo e, em virtude da orientação do órgão, os procuradores entrarão com recurso ordinário para todas as decisões, dizendo que uma vez que o trabalhador fez pedidos que incluíssem parcelas salariais e indenizatórias, não é possível que o acordo seja totalmente fixado em parcelas somente indenizatórias. No Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, na 2ª Instância, todos os recursos serão julgados improcedentes, pois faz parte de um consenso entre os Juízes do TRT garantir a facilidade dos acordos. O acordo é o mais interessante para a Justiça do Trabalho e, muitas vezes, para as partes.

O Juiz tentará facilitar de todas as formas a definição do acordo. O fato de ele possuir certa liberdade no que pode ser inscrito em ata, facilita as concessões com os fatos para que o acordo seja entabulado. O acordo representa a concórdância dos atores sociais em determinar fatos, visando suas consequências e interesses. O Juiz deve assentir com o que ficou estipulado. Se o Juiz não quiser que o acordo seja daquela forma, ele não homologa o acordo. Outro ponto presente em quase todos os acordos é a disposição de que, em não havendo o cumprimento do acordo, incidirá multa de 100%. Esse dispositivo facilita a fixação dos fatos em um acordo. É uma garantia a mais de que, na existência de inadimplemento do acordado, haverá a incidência de multa de 100%.

O acordo deveria ser um ato livre e que, embora houvesse concessões, se aproximasse de algo aceito. A prática demonstra que o acordo pode ser construído por muitos outros motivos e que a “justiça” ou a “correspondência com a verdade real” não é um dos principais. Outra falácia é a ideia de que o acordo é símbolo de pacificação social. Um acordo pode ser humilhante, pode ser injusto, pode ser manipulado, pode ser a única alternativa para que a coisa não se torne pior.

Se não houve acordo após a abertura da audiência⁹, após as tentativas dos atores envolvidos, o Juiz do Trabalho iniciará uma fase bem delimitada em que receberá a contestação¹⁰ e os documentos¹¹. Antes, porém, ele consignará na ata, por meio da auxiliar de audiências, a expressão “conciliação rejeitada”. Esse é um momento fundamental na audiência, pois ele distingue claramente um novo momento em que, inclusive, há “regras” próprias. O clima na sala de audiências muda. De uma situação mais flexível, mais informal, mais amistosa e conciliadora, inicia um tempo de maior rigidez, formalidade e pretensa imparcialidade. Esse ponto, que divide águas, é a passagem do momento em que o Juiz do Trabalho estava tentando conciliar, para o outro momento em que o Juiz “analisará” os fatos e julgará implacavelmente, se preciso for. Quando fica assentado na ata “conciliação rejeitada”, todo o ambiente se transforma. O Juiz do Trabalho se ajeita na cadeira e muda o tom de voz. Os advogados também se ajustam em uma posição mais firme e os ouvidos e olhares se tornam mais atentos, pois todos sabem que agora “a coisa é séria”. A secretária de audiência que, durante a fase conciliatória, estava tranquilamente sentada, também se põe a postos. Chegou o momento do embate, em que os fatos estarão “em jogo”. Até aquele momento, a peça de defesa em que os fatos estão sendo questionados, confirmados, narrados de outra maneira ou negados, não estavam à disposição de ninguém, além do empregador e seu advogado. Não houve jeito. O Juiz do Trabalho terá que julgar.

Uma expressão comum, usada por advogados e juízes é “tentativa de conciliação frustrada”. Essa ideia de frustração é observada muitas vezes no comportamento final que os Juízes demonstram com a não efetivação de um acordo. É como se a dita frustração fosse um sentimento que pesasse sobre todos,

⁹ Art. 846 da CLT. “Aberta a audiência, o Juiz proporá a conciliação.”

¹⁰ Art. 847 da CLT. “Não havendo acordo, o reclamado terá vinte minutos para aduzir sua defesa, após a leitura da reclamação, quando esta não for dispensada por ambas as partes.”

¹¹ O autor deve apresentar a prova documental quando da propositura da ação (art. 787 da CLT) e a reclamada, juntamente, com a contestação (art. 396 do CPC) (TRT/DE RO 833/85, Marco Giacomini, Ac. 2ª T. 567/86), (CARRION, 2004, p. 679.)

juízes, advogados, as partes, a secretária de audiência, que terá que escrever mais pela não realização do acordo e, até frustração para os advogados e outras partes presentes, pois, muitas vezes, elas estão torcendo para que a audiência acabe rapidamente por meio do acordo para que a próxima audiência se realize. Se não houver o acordo, o Juiz do Trabalho, no caso de uma audiência una¹², terá que disponibilizar tempo para que o advogado do empregador se manifeste sobre a contestação e os documentos, talvez tenha que ouvir o depoimento pessoal das partes e testemunhas. Há advogados espectadores que não conseguem conter a “indignação.” Eles, dentro da sala de audiências, normalmente assistindo de pé, levam a mão para cima e a descem, batendo junto a perna e, em seguida, saem da sala de audiência enfurecidos, dizendo “que tal empregador ou empregado é burro, pois deixou de fazer o acordo que estava sendo proposto; ou que o Juiz é muito enrolado ou paciente demais.” O Juiz do Trabalho e os advogados das partes percebem a pressão sobre eles por parte de advogados e partes que aguardam a realização de suas audiências, quando é o caso de elas estarem muito atrasadas. Há Juízes que ficam incomodados com a pressão externa de quem está aguardando o desfecho de uma audiência que está atrasando as demais. Porém, há outros juízes que não se abalam, ainda que haja gestos por parte de advogados que estejam presentes, em sinal de demonstração de que a audiência está atrasando as outras seguintes.

Durante a pesquisa, não foi observado nenhum Juiz que tenha tomado alguma providência contra o advogado que protestou por meio da linguagem corporal ou por gesto labial provocador de ruído de quem está impaciente. O Juiz não pode se “deixar atingir” por tal manifestação, embora possa observar o advogado que fez o gestual afrontoso e protestador, a fim de destinar tratamento não tão simpático para ele, no momento da sua próxima audiência. Após o Juiz se ajeitar na cadeira e mudar sua postura, valendo-se da linguagem corporal, que é conhecida principalmente pelos advogados trabalhistas, ele enuncia geralmente a frase emblemática: “Defesa escrita e documentos.” Os advogados logo entendem. O advogado do empregador pega a sua peça de contestação e o advogado do empregado, ansiosamente, espera o seu momento seguinte em que terá que se manifestar acerca da réplica e documentação. A maioria dos advogados leva a defesa por escrito juntamente com os documentos que vão dar sustentação à

¹² “Quando a contestação, a instrução e o julgamento são praticados numa única audiência, são chamam-na de audiência una.” (MARTINS, 2007, p. 266).

contestação. Quando os empregadores são notificados, geralmente por via postal, contratam um advogado para defender a causa. Os advogados, assim, vão até a secretaria da Vara e “fazem carga” do processo para analisarem melhor todos os fatos e elaborarem a contestação e pensarem sobre a melhor estratégia de defesa.

Durante a fase do acordo, todos os envolvidos, Juiz, advogados e partes avaliarão quais as armas e forças de que dispõem, quais as possibilidades de ganho ou vitória, o que cada um está disposto a ceder, não ceder ou negociar. Quando o advogado do empregado se manifestou na petição inicial, avaliou os riscos e chances de sucesso. Quando o advogado do empregado leu a petição inicial, analisou os fatos alegados e consultou um advogado para compreender as questões que seriam discutidas e os riscos. O Juiz, por sua parte, também analisa as dificuldades da ação, o trabalho que aquele processo vai gerar, a viabilidade de sucesso de ambos os lados e até a chatice da matéria jurídica em debate, bem como sobre as polêmicas jurídicas ou fatuais da demanda. Já imaginou um processo em que as partes, cada uma, apresentaram 1500 documentos para serem analisados? Ou, então, um processo em que está sendo discutida uma questão que o STF e o TST ainda estão analisando? Se for uma ação complicada, o Juiz vai insistir mais e tentar ser mais persuasivo para tentar o acordo. Se não obtiver sucesso para formar o acordo, o Juiz terá que analisar aquela enorme quantidade de papel ou a questão polêmica. Outro ponto importante é que os advogados, antes da audiência, avaliam as provas que eles possuem. É possível que o advogado do empregador possua um documento ou uma testemunha que vai lhe garantir sucesso total na demanda. Também é possível que o empregado tenha conseguido a necessária testemunha para provar as suas alegações ou, por outro lado, não possua condições de provar nada. Os advogados dos empregados quando fazem a petição, em determinados casos, já sabem que o seu cliente não terá como levar nenhuma testemunha e que não possui nenhum documento. Ele também sabe que basta uma simples negativa do empregador para os fatos alegados para fazer com que o empregado não obtenha nada. Porém, eles não deixam de ajuizar a ação, pois na audiência trabalhista o “blefe” pode dar certo. Existe um caso de uma audiência que mostra isso.

O advogado recebeu uma cliente, que era empregada doméstica de uma residência, e que havia sido dispensada sem justa causa, com o pagamento completamente correto das verbas rescisórias, com a anotação na Carteira de

Trabalho e Previdência Social (CTPS), tanto da data de admissão quanto da data de dispensa, bem como foram recolhidas todas as contribuições previdenciárias, e tudo estava perfeitamente documentado. Não havia nada para ser pleiteado no Poder Judiciário Trabalhista. Contudo, havia um detalhe muito interessante aos olhos do advogado. A cliente, empregada doméstica, foi dispensada grávida. Qualquer advogado trabalhista sabia que a empregada doméstica, à época do ocorrido, não gozava do direito à estabilidade gestante. Isso estava devidamente “pacificado na jurisprudência”. O advogado, entretanto, não se intimidou. Defendeu uma tese de que a empregada doméstica havia sofrido um dano ao ser dispensada sem justa causa, pois sem estar empregada, não poderia obter o benefício previdenciário de auxílio à maternidade, no período de 120 dias após o parto. O advogado não pediu a estabilidade provisória. Ele pediu que a empregadora doméstica indenizasse, segundo o art. 186¹³ e 927¹⁴ do Código Civil, por ter causado, mediante a dispensa sem justa causa, a impossibilidade da empregada doméstica obter o salário maternidade. Dentro dessa questão, está um problema específico. Naquela época, o Instituto Nacional do Seguro Social não estava concedendo salário maternidade para empregadas e empregadas domésticas que estivessem sem vínculo empregatício na data do pedido do benefício, ainda que estas estivessem no “período de graça”¹⁵. Essa

¹³ Código Civil Art. 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

¹⁴ Código Civil. Art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

¹⁵ (Lei n.º 8213/91) Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: I sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício; II até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração; III até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória; IV até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso; V até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar; VI até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo. § 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado. § 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social. § 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social. § 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.

questão estava sendo discutida por meio de uma ação civil pública¹⁶⁷⁶ e era uma disputa judicial entre o Ministério Público Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social. O Ministério Público dizia que a Lei 8.213/91 não excluía a gestante desempregada, que estivesse no “período de graça”, portanto, na condição de segurada, enquanto que o INSS definiu por meio de um decreto que não pagaria a gestante desempregada, ainda que segurada em “período de graça.”

Observe-se que a empregada doméstica que foi corretamente admitida e dispensada com a quitação de todos os encargos sociais e trabalhistas não iria perceber o benefício de auxílio à maternidade, por conta de uma postura do Instituto Nacional do Seguro Social em negar a concessão, cuja discussão já estava na esfera judicial, e, não, em face de alguma ilicitude praticada pelos empregadores domésticos ao dispensá-la. O empregador doméstico, àquela época, poderia dispensar a empregada doméstica sem cometer nenhum ilícito, ou seja, era um pleno exercício do seu direito, inclusive sobre o entendimento mais firme dos tribunais. Se a empregada doméstica não obtivesse o benefício previdenciário, seria em virtude de um posicionamento ilegal do INSS.

Conhecedor dessa imensa barreira, o advogado, ainda assim, fundamentou o seu pedido, que não era tão original, pois outros advogados já o defendiam. Contudo, eram situações em que havia outras irregularidades no contrato de trabalho, como o caso de não recolhimento dos encargos sociais e anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social. O advogado entrou com a ação onde pedia a indenização, sob o fundamento de que a dispensa teria sido “obstativa do direito à obtenção do auxílio maternidade.” No dia da audiência, estavam no corredor do fórum: a empregada doméstica e o seu advogado, bem como os empregadores domésticos, marido e esposa. O advogado esperava apelar para o desconhecimento por parte dos patrões sobre a estabilidade da empregada doméstica gestante. Os Juízes, mesmo sabendo que a empregada doméstica não possui estabilidade gestante, eram sensíveis ao problema e, inclusive, acham injusto tal diferenciação. No dia, contudo, a sorte, aparentemente, não estava com o advogado da empregada doméstica gestante. Sentados à mesa, perante o Juiz do Trabalho, o empregador doméstico e sua esposa, desacompanhados de advogado, o que é uma possibilidade

¹⁶ Ação Civil Pública. Processo n.º 2004.51.02001662-4. 1ª Vara Federal de Niterói. Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

na Justiça do Trabalho, disseram, ainda na fase conciliatória, em que as coisas são mais informais, que o contrato de trabalho estava completamente correto, apresentando todos os recibos de quitação dos encargos previdenciários e trabalhistas. O valor da causa girava em torno de R\$ 1.600,00 (mil e seiscentos reais). Quando o Juiz do Trabalho viu que não havia irregularidade no contrato de trabalho doméstico e que a única coisa que havia sido feita era a dispensa sem justa causa da empregada doméstica gestante, este Juiz ficou espantado, olhou para o advogado da empregada doméstica, abriu bem os dois braços, como se quisesse falar que estava óbvio que não havia o que pleitear, e disse: “Doutor, está tudo certo! E o Senhor sabe que empregada doméstica não tem estabilidade gestante”.

Se fosse outro Juiz, como já aconteceu, ele poderia ter aberto a possibilidade para acordo, ainda que soubesse que não havia direito algum, somente com a intenção de que o acordo pudesse minimizar a situação menos privilegiada da desempregada gestante que não receberia salário maternidade por culpa do INSS. Dessa vez, o advogado não encontrou o Juiz do Trabalho que ele queria. O Juiz não achou justo que pessoas cumpridoras da lei fossem obrigadas a pagar qualquer valor, ainda que a título de acordo, por algo que nada deviam. Esse advogado da empregada em questão gozava de certa admiração pelo Juiz do Trabalho dessa audiência, o que fez com que o Juiz ainda tentasse convencer o advogado que a empregada doméstica deveria pedir o salário maternidade ao INSS.

O advogado sabia que o Juiz do Trabalho estava correto, porém, continuou firme e asseverou um suposto princípio de justiça: “Excelência, o INSS não vai pagar a reclamante e ela está grávida.” O interessante é que o Juiz se sentiu em uma encruzilhada, pois ele gostaria de ajudar a empregada doméstica, porém não achava justo imputar uma responsabilidade aos empregadores domésticos que não existia. Uma questão que se levanta é: Como é possível que um Juiz fique constrangido, sem jeito, acuado e insatisfeito por ter que decidir segundo o que reza o entendimento dominante sobre a lei e sua consequente jurisprudência? Se o Juiz pudesse ajudar aquela empregada doméstica, ele o faria, mas não havia nada que ele pudesse fazer. Agora, só não havia o que fazer, não porque não existiria brecha legal, mas porque fazer algo tido por justo para a empregada doméstica seria, ao mesmo tempo, fazer algo que seria injusto para os bons patrões.

Aquela situação de encruzilhada ficou tão clara para todos os presentes que aconteceu algo inesperado. Os patrões, ainda depois de perceberem que eles não deviam nada, bem como verificarem, por meio do diálogo entre o Juiz e o advogado, deixando claramente exposto que o Juiz não condenaria os empregadores domésticos, interromperam o Juiz e o advogado e disseram que eles queriam fazer um acordo. Eles disseram que queriam logo encerrar aquela questão. O valor pago no acordo era, possivelmente, um bom preço para arquivar aquele processo ali mesmo. As pessoas, em geral, “odeiam” serem intimadas, citadas ou notificadas pela Justiça. É um verdadeiro “pavor de oficial de Justiça”. Se o processo não é arquivado é sinal de que aquele processo poderia demorar muito tempo para deixar de ser uma preocupação. Há membros do Poder Judiciário que dizem que a última coisa que eles gostariam de fazer é ter que adentrar com uma ação judicial para solucionar um conflito pessoal. Só parlamentares e alguns empresários para não perderem o sono com tantos processos tramitando contra si. Por fim, o advogado sugeriu um determinado valor superior à R\$ 1.000,00 como proposta e os patrões ofereceram R\$ 1.000,00 pagos parceladamente, o que foi prontamente aceito. O Juiz homologou o acordo, embora quem tenha decidido a questão tenham sido os patrões. Nesse momento, todas as partes conseguiram conciliar interesses, salvando, inclusive o Juiz, que saiu do dilema.

É conhecido o discurso de que o Juiz pode não homologar um acordo se ele acreditar que não está sendo bom para o trabalhador, sendo que não há óbice moral, em tese para que o Juiz não homologue se não for bom para o empregador. Nesse caso, o Juiz não se recusou a homologar, pois compactuou que aquilo ali se tratava de uma ação de caridade transmutada em acordo judicial trabalhista, além de que o acordo resolveria aquele “problema judicial” dos Reclamados. E R\$ 1.000,00 (mil reais), aparentemente, foi um bom preço para o sossego dos Reclamados. Existe uma expressão que tranquiliza sobremaneira o patrão que fez o acordo. Esse enunciado diz: “o reclamante dá geral e plena quitação pelo objeto da inicial e extinto contrato de trabalho”. Quitação geral e plena pelo extinto contrato de trabalho significa que nunca mais aquele empregado poderá pleitear nada contra aquele patrão sobre aquele contrato de trabalho. Esse termo é a garantia do empregador de não ser mais acionado por aquele trabalhador, naquele contrato de trabalho (o que a prática já sabe costuma ser o último entre aquele traba-

lhador e patrão). Essa expressão, que é garantia de sossego, é um argumento muito usado para persuadir a que o empregador faça o acordo. O advogado “blefou” em sua tese jurídica, mas ganhou o jogo. Os advogados sabem o quanto uma mulher gestante em uma sala de audiências pode ter um efeito além do que possa explicar o direito legal e dogmático.

A ideia é a de que o Juiz do Trabalho avalia antes uma série de circunstâncias, valores e interesses das partes, para começar a delimitar sobre as possibilidades de decisão. Entretanto, o Juiz do Trabalho não pode tudo, pois a petição inicial não é ele quem cria, não é ele quem contesta, em suma, ele não está acima das regras escritas e não escritas da audiência trabalhista. Sem conversar antes, fica difícil saber como tomar a decisão mais interessante e satisfatória. Essa ideia de que o Juiz buscaria uma decisão mais “interessante e satisfatória” dá ideia de que o Juiz na audiência trabalhista deve ser criativo. Isso vai de encontro à ideia de que o Direito está compreendido na incidência inevitável da norma aos fatos da vida, gerando o fato jurídico e suas inexoráveis consequências. A subsunção do fato à norma seria um discurso bonito, que não ajuda muito.

A audiência de instrução e julgamento

Na parte anterior, tratou-se da descrição da audiência inaugural. Os elementos mais marcantes dessa audiência são: a primeira fase conciliatória, que é demarcada por uma larga possibilidade de acordos e negociações em relação aos fatos que podem ser estabelecidos, inclusive sob a perspectiva de que os fatos podem ser ajustados às consequências que se pretendam pelas partes, pelos advogados e pelo Juiz; outro elemento, que é posterior e somente acontece quando não há o acordo, é a apresentação da contestação, que gera efeitos sobre os enunciados iniciais, pois é o momento em que o advogado do Reclamado se manifesta sobre as alegações da petição inicial e enuncia novos fatos e argumentos; o último elemento da audiência inaugural é a réplica, que é a manifestação do advogado do Reclamante sobre os enunciados na contestação, sendo que o seu efeito é simplesmente afirmar que a petição inicial está correta em seus enunciados e que a contestação não está correta em tudo aquilo que contraria o que diz a petição inicial ou corrobora os fatos que tenham sido admitidos. O efeito da réplica é, em suma, reafirmar “os fatos controvertidos”. Se não houve acordo na audiência inaugural, o Juiz designa a audiência de

instrução e julgamento. Na audiência de instrução e julgamento, alguns Juízes confirmam novamente se há a possibilidade de acordo, embora não exista a obrigatoriedade prevista em lei para proposição da tentativa conciliatória pelo Juiz nesse momento¹⁷. O fracionamento da audiência em três (audiência inaugural, audiência de instrução e julgamento e audiência de julgamento), às vezes, facilita o acordo, pois as partes possuem mais tempo para refletirem e, até, se acalmarem em relação àquela demanda.

Nesta parte, o enfoque será para uma fase com características muito próprias em relação à audiência inaugural. Na nossa etnografia, ficou patenteada essa diferenciação, pois a audiência trabalhista que deveria ser uma, ou seja, em que todos os atos e momentos deveriam ser concentrados em um único encontro, é algo mais raro do que frequente. A audiência trabalhista é fracionada em audiência inaugural, audiência de instrução e julgamento, que raramente ocorre, e a audiência de julgamento, que é uma mera formalidade. Os aspectos mais relevantes da audiência de instrução que serão abordados são: os fatos controversos e os fatos incontroversos, a prova, o ônus probatório, o depoimento pessoal das partes, a oitiva de testemunhas, o encerramento da instrução processual e as razões finais, e a renovação da proposta conciliatória. Por fim, faremos aqui uma abordagem rápida sobre a audiência de julgamento.

Antes, porém, será examinado mais de perto um autor em especial, Sérgio Pinto Martins, que é Juiz do Trabalho da 33ª Vara do Trabalho de São Paulo, professor titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP. Possui inúmeros livros e artigos publicados na área do Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, Direito Previdenciário e Direito Coletivo do Trabalho. Martins também é um autor bem conhecido entre alunos e professores do Direito do Trabalho, advogados e juízes trabalhistas. Ele pode ser considerado um autor “paradigmático.” Escreve no estilo de tantos outros manuais de Direito, contudo, talvez em virtude da vivência prática como Juiz do Trabalho, precisa, em vários momentos, do seu livro *Processo do Trabalho*, por exemplo, conciliar o que diz a teoria, a doutrina e a lei, com a prática.

¹⁷ “Em dois momentos, na audiência, é obrigatória a tentativa de conciliação: antes de ser apresentada a contestação (art. 846 da CLT) e após o oferecimento das razões finais.” (MARTINS, 2007).

À sala de audiências. A audiência de instrução e julgamento é o momento em que o Juiz do Trabalho faz a “colheita de provas”¹⁸. Segundo Derviche:

A audiência de instrução é o ponto chave do processo. É nesse momento que são produzidas as provas orais a respeito das matérias de fato controvertidas. Ou seja, é agora que você tem condições de fazer prova plena de suas alegações iniciais, caso tenham sido devidamente resistidas pela parte contrária. (DERVICHE, 2004)

Martins (2007) fala que o objetivo da prova é convencer o Juiz sobre os fatos da causa. A prova seria uma “reconstituição dos fatos perante o Juiz”. Existe também a ideia do livre convencimento na apreciação da prova, substanciada no art. 131 do Código de Processo Civil:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

A prova, nessa fase processual, é extremamente importante, pois os fatos só serão aceitos e considerados pelo Juiz do Trabalho e, também, pelos advogados, se houver “a prova”. Martins vocaliza o que é uma regra compartilhada por juízes e advogados: “fato não provado é fato inexistente” (MARTINS, 2007).

Nesse sentido, ainda segundo Martins, há alguns princípios sobre as “provas”. O primeiro princípio é o da “necessidade da prova”. Esse princípio diz que não basta que as partes aleguem qualquer coisa ou fato, é necessário provar as afirmações. O segundo princípio é o da unidade da prova que deve ser observada, considerando todo o conjunto probatório, ou seja, todas as demais provas. O

¹⁸ Art. 848 “Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o presidente, ex officio ou a requerimento de qualquer juiz temporário, interrogar os litigantes. § 1º Findo o interrogatório, poderá qualquer dos litigantes retirar-se, prosseguindo a instrução com o seu representante. § 2º Serão, a seguir, ouvidas as testemunhas, os peritos e os técnicos, se houver.”

terceiro princípio é o da “lealdade da prova”¹⁹, que diz que “as provas devem ser feitas com lealdade” (MARTINS, 2007). O quarto princípio é o do “contraditório”. As provas produzidas por uma parte poderão ser impugnadas. O quinto princípio é o da “igualdade da oportunidade de prova”, para o qual todos possuem as mesmas oportunidades para provarem, desde que no momento adequado para tal fim. “Oportunidade da prova” é o sexto princípio e diz que a prova será produzida no devido momento processual. “Comunhão da prova”, sétimo princípio, diz que a prova serve às duas partes. A testemunha intimada a pedido da parte empregadora, por exemplo, não está a serviço de apenas uma das partes. O Juiz costuma dizer em audiência: “O Senhor (ou Senhora) não é testemunha delas. O Senhor (ou Senhora) é testemunha do Juízo. O Senhor (ou Senhora) está aqui para dizer a verdade.” O oitavo princípio é o da “legalidade”, para o qual as provas que serão admitidas são as previstas na lei. O nono princípio é o da “imediação”. A imediação sinaliza que é o Juiz quem conduz o processo e a produção de provas e, diante dele, é que as provas devem ser produzidas. Décimo princípio trata da “obrigatoriedade da prova”: o Estado tem interesse no esclarecimento da verdade, portanto, ela é obrigatória.” (MARTINS, 2007, p. 311). “Aptidão para a prova” é o décimo primeiro princípio. Ele fala que a parte que estiver em melhores condições para a produção da prova é quem o fará. Por exemplo, é o caso em que o empregado não tem acesso às suas folhas de ponto, pois estão em poder da empresa, devendo a empresa trazer esses documentos, ainda que essa prova seja em benefício do empregado. Esses princípios não possuem uma aplicação absoluta e implacável nas audiências, ainda porque, segundo a “teoria jurídica atual” que diferencia regras de princípios, os princípios podem ser ponderados.

¹⁹ Art. 14 do Código de Processo Civil. “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I expor os fatos em juízo conforme a verdade; II proceder com lealdade e boa-fé; III não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. V cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.” E art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, inciso LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Um ponto importante sobre a ideia que se tem acerca de provas é a de que somente os fatos necessitam ser provados. Martins explica que:

O Juiz conhece o direito (*iura novit curia*), sendo que narrados os fatos o Juiz dará o direito (*narra mihi factum dabo tibi jus*). Assim, somente os fatos deverão ser provados em juízo, pois o direito é de conhecimento do magistrado. A prova deverá constar dos autos, pois o que deles não constar o Juiz não terá obrigação de saber (*quod non est in actis non est in mundo*). (MARTINS, 2007, p. 312)

Sobre a questão do conhecimento do direito pelo Juiz (*iura novit curia*), Martins diz algo que sinaliza que o conhecimento do Juiz, acerca do direito, não é tão absoluto, assim.

O direito federal é de conhecimento obrigatório do juiz. Entretanto, a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário (costumeiro) deverá fazer prova do seu teor e vigência (art. 337 do CPC). O mesmo se dá em relação às normas coletivas e regulamento interno do empregador. Quanto aos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, têm força de lei federal, sendo, porém, recomendável que as partes os juntem ao processo, até mesmo porque, muitas vezes, não se sabe se aquele tratado foi ou não ratificado ou se está em vigor. (MARTINS, 2007, p. 311)

A legislação e a doutrina sobre processo do trabalho entendem que alguns fatos não precisam ser provados, tais como: fatos notórios, considerados como do conhecimento de todos; fatos afirmados por uma parte e, embora contestados na defesa, são confessados pela parte contrária em depoimento, ou fatos que são admitidos pela parte contrária já na defesa; os fatos em que a lei presume existentes ou verdadeiros, seja de maneira absoluta (não admitem prova em contrário), seja de maneira relativa (admitem prova em contrário)²⁰.

O ônus probatório é categoria de pensamento importante na audiência de instrução e julgamento. O ônus probatório é entendido pelos juízes e advogados sobre a quem cabe provar determinado fato. Para isso, eles tomam por base, inicialmente, o

²⁰ Código de Processo Civil. Art. 334. “Não dependem de prova os fatos: I notórios; II afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III admitidos, no processo, como incontroversos; IV em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

que diz o art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e o art. 333 do Código de Processo Civil (CPC) que dizem, em regra, que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer²¹.

A questão do ônus probatório, na verdade, é algo que também é o objeto de muitas negociações a ponto de não ser possível exatamente saber o que cabe ou compete a quem provar determinado fato. Ou seja, um advogado precisa tentar saber (ou adivinhar) o que o Juiz quer que ele prove, ou o que o Juiz acha que compete a ele provar. Embora a lei diga que os fatos constitutivos do direito do autor devem ser por ele provados e que os fatos extintivos, impeditivos e modificativos devem ser provados por quem alega; na prática, isso não é tão simples como diz a doutrina. A jurisprudência é que costuma definir, em diversas vezes, questões acerca do ônus probatório²². Por exemplo, quem deve provar a existência da relação de emprego é o empregado, porém uma vez provado que houve a prestação de serviços do empregado para o empregador, cabe ao empregador provar que se tratava de outro tipo de relação de trabalho que não a de emprego, ou será presumida o contrato de trabalho (vínculo empregatício). Existe uma frase de Nicola Framarino Malatesta (autoria descoberta pelo pesquisador durante a pesquisa) que é constantemente dita pelos juízes: “o ordinário se presume e o extraordinário deve ser provado” (MARTINS, 2007, p. 311). Note-se que os advogados usam essa frase, mas nunca havia presenciado a referência a algum autor. A distribuição do ônus da prova é uma questão central para advogados na audiência trabalhista.

Agora, de volta à sala de audiência. O primeiro movimento da audiência de instrução e julgamento é o depoimento pessoal das partes. Nessa hora, as partes acham que poderão dar a sua versão dos fatos, que poderão contar ao

²¹ Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 818 “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer. Código de Processo Civil”. Art. 333. “O ônus da prova incumbe: I ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I recair sobre direito indisponível da parte; II tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

²² Súmulas do TST: Súmula 6 VIII: VIII “É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial”; Súmula 16: “Presume-se recebida a notificação 48 (quarenta e oito) horas depois de sua postagem. O seu não recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constitui ônus de prova do destinatário; Súmula 212: “O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.”

Juiz do Trabalho tudo o que têm vontade. Isso é um grande engano. O Juiz já possui muito delimitado em sua cabeça o que ele quer saber, quais são os fatos que o interessam, assim, não costuma ter disposição para “delongas”. Os juízes por diversas vezes se justificam pela falta de maior atenção a “questões irrelevantes” com a grande quantidade de audiências do dia. O Juiz do Trabalho costuma começar com o depoimento do empregado. Ele pede ao empregador que saia da sala de audiências e aguarde no corredor. Esse procedimento é para que o empregador não veja o que vai ser dito pelo empregado. A ordem pode ser invertida a critério do Juiz. O depoimento pessoal das partes não pode ser utilizado em favor próprio, porém, pode ser usado contra elas. Por exemplo, enquanto a parte, nesse caso o empregador, que está depondo, negar todas as irregularidades apontadas pelo empregado, ela não acrescentará nada ao processo, uma vez que só reafirma a controvérsia dos fatos, instaurada por meio da petição inicial, contestação e réplica. Por outro lado, se o empregador que está depondo disser qualquer coisa que reafirme o fato que o empregado quer provar, há o fenômeno da “confissão”, que é quando a parte admite algo que lhe é, em tese, desfavorável. Esse fato admitido, confessado, não necessitará ser objeto de prova, uma vez que a confissão é uma prova. Há um dizer muito comum nas audiências, inclusive, encontrado nos manuais de Direito: “a confissão é a rainha das provas”. Entre juízes e advogados há o pensamento de que o melhor processo é aquele que vai se definindo no decorrer da audiência, por meio da confissão das partes. As confissões são aguardadas ansiosamente pelos advogados, pois eles já vão sabendo o que ganharam e o que ainda está no jogo.

O Reclamante pode confessar e dizer que, na verdade, era ele quem queria ir embora do trabalho, sendo que, nesse caso, se o advogado disse que houve dispensa sem justa causa pelo empregador, esse pedido e seus consequentes já não serão ganhos; ele pode dizer que não recebia vales transportes, mas que, por isso, ia de bicicleta para o trabalho, sendo que, assim, também não ganhará indenização pelo uso das passagens de ônibus, ainda que ele tenha requerido na petição, pois o entendimento é o de que deve ter havido o gasto com a passagem para que haja a indenização; o Reclamante pode dizer que assinava as folhas de ponto corretamente, sendo que, desse modo, ele não receberá horas extras se as anotações não conferirem horas extras etc. O Reclamado poderá confessar também, ao dizer que dispensou o empregado, o horário que o trabalhador efetivamente cumpria etc.

Somente o Juiz dirige as perguntas para as partes depoentes e as testemunhas. Os advogados não fazem perguntas diretamente às partes ou às testemunhas. Quando é o depoimento das partes, só o advogado adversário solicita perguntas para que o Juiz as faça. Por exemplo, se o depoimento é da Reclamante, o advogado da Reclamada é quem vai solicitar que sejam feitas perguntas. Se for a Reclamada que está depondo, então é o advogado da Reclamante que formulará perguntas ao Juiz para que indague. Quando são testemunhas que estão sendo ouvidas, logo após o Juiz formular as perguntas que ele quiser, será a vez do advogado que requereu a oitiva da testemunha em questão e, depois, do advogado contrário. O Juiz do Trabalho, em regra, tenta esgotar todas as perguntas a serem feitas, porém ele sempre disponibiliza para o advogado adversário fazer perguntas ao depoente; normalmente o Juiz diz: “Perguntas, Doutor?” Sendo as duas respostas mais ouvidas: “Sim, Excelência” ou “Não, Excelência, sem perguntas” As perguntas envolvem algumas questões. Se o advogado perguntar alguma coisa que já foi perguntado ou que a resposta, de algum modo, já tenha ficado respondida ou que não é um dos fatos que se encontram controvertidos, o Juiz do Trabalho advertirá, com um tom de voz e postura como se estivesse aborrecido com a desatenção do advogado. Contudo, o advogado pode achar que a pergunta ou não foi respondida, ou não foi respondida de maneira clara ou que a questão ainda está controvertida no processo. O advogado deve ter habilidade para fazer com que o Juiz faça a pergunta que ele quer.

Existem advogados que fazem perguntas repetidas e buscam o registro de questões que já estão superadas. Normalmente, são questões muito importantes para aquela ação trabalhista e o advogado ansioso quer uma frase por parte do depoente ou da testemunha o mais direta e objetiva, algo como: “O seu cliente tem direito a isso que o senhor quer, porque ele ou nós fizemos exatamente isso que o senhor disse.” Ocorre que as frases não são ditas assim, fazendo que o advogado fique na dúvida se a questão realmente ficou respondida e esclarecida. Os juízes não aceitam perguntas induzidas, por exemplo: “O advogado não pode perguntar se o empregado trabalhava fazendo horas extras, todos os dias, das 18h às 23h. O advogado deve perguntar, para que o Juiz pergunte, mais ou menos assim: “Qual o horário que o empregado cumpria na empresa? Havia necessidade, na empresa, de que os empregados trabalhassem após as 23h? Qual o horário de funcionamento da empresa? Alguém trabalhava no período das 18h às 23h? O empregado, alguma vez, necessitou trabalhar em horas extras? Já houve, algu-

ma vez, o pagamento de horas extras, quando, quanto e por quê?”. Dependendo das respostas do depoente ou das testemunhas, há margem para se fazer as outras perguntas. O que não se pode perguntar, via de regra, são perguntas cuja resposta é do tipo sim ou não, pois estas são geralmente induzidas. O Juiz, que é sempre o mediador da pergunta, pode dizer que não vai fazer a pergunta e dizer seus motivos. O advogado adversário pode interromper e interrompe quando a pergunta é formulada de maneira induzida. Se o Juiz estiver convencido de que a pergunta já foi respondida, também vai alertar o advogado que aquela pergunta que ele formulou já fora respondida. Em todo o caso, se o advogado não se sentir satisfeito ele poderá pedir ao Juiz que faça constar em ata que foi solicitada determinada pergunta e que ela foi indeferida. Então, o Juiz também deverá dizer, em ata, os motivos do indeferimento. Logo em seguida, o Juiz fará consignar em ata o que é chamado “protestos”.

O protesto é um ato praticado pelo advogado que tem por única finalidade dizer que discorda da decisão que indeferiu a sua pergunta e, se houver necessidade, poderá ser objeto de recurso em fase posterior. Esses protestos não existem na lei e são construções da prática na audiência trabalhista, sendo plenamente conhecida pelos militantes dessa área. Em geral, essas questões são resolvidas no diálogo entre o Juiz e o advogado: ou o Juiz faz a pergunta para evitar registrar na ata que ela foi solicitada e indeferida; ou o advogado se convence ou é convencido para que não faça a pergunta. Há casos em que o Juiz olha para o advogado e fala: “Doutor” sendo que a sua expressão facial e corporal é aquela de quem diz: “O Senhor não precisa insistir nisso, já está provado o que o Senhor quer”! Um exemplo de uma conversa entre advogados trabalhistas, pode esclarecer esta situação.

Certa vez, uma advogada iniciante em um escritório de advocacia estava “pegando algumas dicas” com um advogado mais experiente que lhe disse: “Se você estiver em uma audiência de instrução e fizer uma pergunta para a testemunha e o Juiz lhe fizer um sinal dando indício de que não são necessárias mais perguntas, pois ele já está convencido de que os seus pedidos serão deferidos, avalie bem se você quer insistir ou não na pergunta. Na maioria das vezes, é melhor não fazer pergunta e você não se arrisca a ganhar a antipatia do Juiz. Em quase todos os casos, o Juiz é fiel ao seu compromisso de pedir que não sejam feitas mais perguntas. Ele está querendo diminuir o seu trabalho de ter que fazer constar em ata outras tantas perguntas. Se ele quebra o compromisso dele, todos os

advogados não irão mais confiar e sempre insistirão em fazer todas as perguntas que eles acharem necessárias. Em regra, os Juízes não fazem isso.” A advogada iniciante entendeu que, se o Juiz fizer entender que a instrução pode ser encerrada, pois ele já estaria convencido acerca de uma determinada tese, ela, na maioria das vezes, poderia confiar no Juiz, contudo, perguntou ao advogado mais experiente: “E se o Juiz der sinais de que já está suficientemente provado o que era necessário para o deferimento dos meus pedidos, contudo, disser na sentença que “a parte não se desincumbiu do seu ônus probatório devidamente” e indeferir o meu pedido justamente por causa da pergunta que eu poderia ter feito e não fiz?” Ele respondeu: “Ái, é sentar e chorar”.

Existem alguns Juízes que dão a entender que decidirão em um determinado sentido e usam essa linguagem para dissuadir os advogados a que não façam mais perguntas ou a que não ouçam as suas testemunhas e que, para a surpresa geral, julgam em sentido totalmente oposto. O Juiz pode até parecer que se sente comprometido com os advogados e as partes naquele momento; contudo, na hora de julgar, ele precisa obedecer a determinação do Tribunal e da legislação para que se atenha ao que está nos autos. Ainda que se lembre de todo o contexto e de toda a intuição sobre “as verdades” que lhe estavam sendo ditas, o Juiz só fará o que constar no processo. O que consta nos autos, em regra, permite um espectro enorme de liberdade para o Juiz decidir conforme ele queira, mas o ideal é que a sentença já esteja sendo embasada na audiência de instrução e julgamento, melhor dizendo, se determinadas inscrições forem registradas em ata, elas permitirão uma maior facilidade na elaboração da sentença. Há juízes que preparam os fundamentos que precisam para sentenciar na condução da instrução processual, por meio das perguntas e registro das respostas.

Quando o depoente do Reclamante é o que costuma ser chamado de “prepostos profissionais”, que são aqueles empregados das empresas cuja única atribuição é comparecer à audiência trabalhista com o advogado da empresa, eles não cometem nenhum erro em seu depoimento. Os juízes e advogados aceitam e não encontram nenhum problema, inclusive por meio de fundamentos, argumentos e embasamentos legais, que os depoentes mintam. É esse o termo vocalizado pelos juízes e advogados: “O que se pode fazer, ele pode mentir, Doutor?”

É muito comum, quando o Reclamante ou Reclamado estão depondo, a parte adversária que, por ventura, esteja ouvindo, pois já foi ouvida, fica in-

dignada, enfurecida, abaixa a cabeça, fala com o advogado, diz baixinho, embora todos os presentes percebam: “Ela esta mentindo, é tudo mentira, como ela é capaz de mentir desse jeito.” Quando o depoente era colega de trabalho do empregado, na empresa, o empregado fica mais indignado, pois ele vê uma pessoa que conhece a realidade do trabalho lá, que passa pelos mesmos problemas, que um dia também será demitida e certamente “entrará na justiça” dizer que nada daquilo é verdade. O advogado costuma abaixar um pouco a cabeça em direção ao seu cliente, fechar um pouco os olhos e levantar a mão aberta revirada para a mesa e balançar para cima e para baixo, num gesto dizendo: “Calma, calma, está tudo sob controle.” O advogado ainda poderá fazer perguntas que possam balançar um pouco o preposto ou Reclamado para que ele entregue o jogo, mas, se for um preposto profissional, ele não dirá nada que comprometa a empresa. Todos sabem que, nos depoimentos, pode surgir a confissão de algum fato e tudo ficar mais fácil para uns e/ou mais difícil para outros. Contudo, se nada disso acontecer, restam as testemunhas, sendo que, a essa altura, os documentos já estão nos autos. Juízes e advogados fazem um balanço do que ainda resta de controvérsia e se vale ou não a pena ouvir as testemunhas.

Antes, é bom que se fale um pouco sobre a importância dos documentos na audiência trabalhista. Os documentos, em regra, devem ser juntados com a petição inicial e com a contestação. Se houver o pedido de juntada fora dessas situações, o Juiz pode decidir adiar a audiência ou conceder algum tempo para que a parte se pronuncie sobre o novo documento trazido ao processo. Quando os advogados fazem suas peças iniciais e contestação, eles sempre “protestam provar todos os fatos alegados por meio de todas as provas em direito admitidos”²³. Na maioria dos casos, essas provas são produzidas por meio de depoimentos pessoal das partes, testemunhas e documentos. Em menor quantidade dos casos, existe a figura do perito judicial, que é um técnico designado para dar parecer sobre algo que esteja relacionado à área do perito. O Direito entende que documento “é todo o objeto capaz de representar um fato ou um outro objeto” (Amauri Mascaro Nascimento apud MARTINS, 2007). Nas ações trabalhistas o mais comum é que os documentos sejam papéis, como por exemplo, comprovantes de pagamento, termos de rescisão do contrato de trabalho, extratos com

²³ Expressão muito encontrada em petições iniciais.

depósitos de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, folhas de ponto, atestados médicos etc. Os documentos são muito importantes, pois existem questões que só são aceitas provas documentadas por escrito. É o caso da comprovação de pagamento de salários que só é admitida por prova documental²⁴, sendo que há situações nas quais se envolvem empregado doméstico e empregador doméstico e em que os Juízes aceitam a prova testemunhal, excepcionalmente. As anotações na Carteira de Trabalho é uma prova extremamente importante, embora não seja absoluta, pois admite que seja provado o contrário do que estiver anotado. Há uma súmula que diz: “As anotações apostas pelo empregador na Carteira Profissional do empregado não geram presunção *jure et de jure*, mas apenas *juris tantum*” (Súmula n.º 12 do TST). Se o documento que interessa ao empregado estiver em poder do empregador, os advogados costumam, já na petição inicial, solicitar que o Juiz determine que o empregador apresente tal documento que está em seu poder, sob pena de que os fatos que seriam provados com os documentos *sejam tidos por verdadeiros*²⁵.

Enquanto que a confissão é “a rainha das provas”, o ditado forense diz que a testemunha é “a prostituta das provas”. Uma das possíveis razões para esse ditado é o fato de que as testemunhas servem em muitas situações para defenderem o interesse daquela parte que arrolou a testemunha, assim como, as testemunhas são falíveis e nem sempre conseguem dizer aquilo que interessa ao advogado e à parte, existindo vários casos em que a testemunha, ao invés de ajudar, atrapalha. O Juiz pergunta se há testemunhas a serem ouvidas, os advogados fornecem os

²⁴ Art. 464 da CLT “O pagamento do salário deverá ser efetuado contra recibo, assinado pelo empregado; em se tratando de analfabeto, mediante sua impressão digital, ou, não sendo esta possível, a seu rogo. Parágrafo único. Terá força de recibo o comprovante de depósito em conta bancária, aberta para esse fim em nome de cada empregado, com o consentimento deste, em estabelecimento de crédito próximo ao local de trabalho.”

²⁵ Código de Processo Civil. Art. 355. “O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder”. Art. 356. “O pedido formulado pela parte conterà: I a individuação, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa; II a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou a coisa; III as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária”. Art. 357. “O requerido dará a sua resposta nos 5 (cinco) dias subsequentes à sua intimação. Se afirmar que não possui o documento ou a coisa, o juiz permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade”. Art. 358. “O juiz não admitirá a recusa: I se o requerido tiver obrigação legal de exibir; II se o requerido aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova; III se o documento, por seu conteúdo, for comum às partes”. Art. 359. “Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar: I se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357; II se a recusa for havida por ilegítima.”

nomes, quando elas não estão arroladas e intimadas no processo, e o auxiliar de audiências chama pelo sistema de som a testemunha que está no corredor e não presenciou o que se disse nos depoimentos das partes. Algumas testemunhas costumam olhar para as partes. Quando a testemunha “é do Reclamante”, ela pode olhar para o Reclamado com certo desprezo ou raiva, tudo de maneira comedida para não levantar a suspeição. Quando a testemunha foi convidada pelo Reclamado, também é possível um olhar para as partes também com o mesmo sentido. Nessa hora, o Juiz ou a auxiliar de audiências indica que a testemunha sente em uma cadeira de frente para o computador da auxiliar. O Juiz ou a auxiliar pedem um documento, que será usado para a qualificação da testemunha na ata. A primeira coisa que possivelmente passa na cabeça do Juiz é: “Será que essa testemunha pode ser testemunha ou é mais uma dessas testemunhas impedidas, suspeitas ou preparadas?”

Testemunha é algo difícil. São poucos os clientes de uma ação trabalhista que não fazem uma feição de enorme apreensão, quando o seu advogado fala que serão necessárias testemunhas. Entretanto, quando um cliente diz que possui quantas testemunhas o advogado quiser, o advogado já sabe que: um terço das testemunhas que o cliente acha que tem são seus parentes, logo não servem como testemunhas; outro terço são testemunhas que não presenciaram nada, que só ouviram dizer da boca do próprio cliente ou que estavam nos arredores do estabelecimento comercial sem condições de dizer o que realmente acontecia, embora quisessem ajudar o amigo; o terceiro terço das testemunhas são pessoas que até serviriam para testemunha, mas são pessoas que não serão facilmente convencidas a comparecer à audiência e, se forem intimadas judicialmente, podem acabar testemunhando contra o empregado.

Encontrar uma testemunha que não seja parente, que não seja amigo, e que tenha efetivamente presenciado os fatos, é ter muita sorte. Há situações muito comuns em que uma testemunha que não é muito boa pode ser bem “orientada” para que se possa valer como boa. Os Juízes sabem que dificilmente vai até uma audiência trabalhista aquele que não possui algum laço afetivo com o Reclamante. As testemunhas do Reclamado são mais fáceis de serem recrutadas, pois são os funcionários da empresa que ainda estão trabalhando e que ainda dependem do emprego para sobreviverem. As testemunhas mais interessantes para o Juiz do Trabalho são sempre outros empregados, pois eles conhecem o funcionamento da empresa e são as pessoas que provavelmente estariam presentes no momento

em que os fatos acontecem na relação empregatícia. Para os Reclamantes são muito úteis aqueles funcionários que já não estão mais na empresa, que já passaram pelas mesmas situações e que, por isso, sentem certo prazer em “ver o seu antigo patrão se dando mal”. O Juiz sabe de todas essas particularidades. Um dos atrativos para o acordo é justamente a dificuldade de se produzir ou encontrar boas testemunhas. A “preparação” ou “orientação” de testemunhas é um procedimento usual. Quando não é o próprio Reclamante quem sugere à testemunha o que deve ser dito, é o advogado que o faz. Não são todos os advogados que “preparam” testemunhas, mas há certas situações em que, se não houver uma conversa antes com a testemunha, ela não será capaz de lembrar nada sobre o que ocorreu. Dificilmente, uma testemunha não tem conhecimentos sobre as questões que estão sendo discutidas, ou seja, elas já vão com “o espírito preparado”.

As testemunhas estão sentadas para dar as suas declarações e a sua qualificação já está na ata. Esse ponto da audiência é fundamental, pois ele tem reflexos sérios sobre o que será dito pela testemunha. Dependendo de como o Juiz aja aqui, da personalidade da testemunha e de como tenha sido as instruções recebidas antes da audiência, muitas coisas podem acontecer. Aqui, o Juiz vai perguntar se a testemunha é parente até o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes. A lei²⁶ diz que essas pessoas não prestarão o compromisso de dizer a verdade e seus depoimentos serão “simples informação”. O que ela quer dizer é que se a pessoa apresentada como testemunha for amiga íntima, inimiga ou parente civil até o terceiro grau, será considerada informante e suas declarações não serão consideradas com força probatória, uma vez que ela não estará na condição de testemunha. Quando o Juiz perguntar se há parentesco, uma vez havendo, a pessoa não será testemunha. Até aqui, tudo bem, pois a aferição de parentesco corresponde a critérios mais objetivos, determinados pela lei de uma maneira um tanto quanto clara. O grande trunfo ou

²⁶ Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 829. “A testemunha que for parente até o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes, não prestará compromisso, e seu depoimento valerá como simples informação.” E Código Civil. Art. 228. “Não podem ser admitidos como testemunhas: I os menores de dezesseis anos; II aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil; III os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam; IV o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes; V os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade. Parágrafo único. Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.”

dificuldade dos atores sociais envolvidos na audiência reside no que quer dizer amigo íntimo ou inimigo das partes. São nesses dois pontos que existiriam as possibilidades de destituir uma pessoa da sua condição de testemunha. O Juiz, por exemplo, sabe disso e usa disso com frequência.

O Juiz está sempre desconfiado. Ele não acredita que exista uma testemunha sequer confiável. Embora a lei indique quais são as pessoas que não podem ser testemunhas, pois sua “isenção de ânimo” é suspeita, o Juiz age como se todas as testemunhas fossem suspeitas *a priori*. Essa percepção se justifica em razão daquelas dificuldades apontadas para recrutar alguém como testemunha e o contexto em que elas são convidadas. Os Juízes não costumam perguntar de maneira objetiva: “O senhor tem algum grau de parentesco com o Reclamante ou o Reclamado? O Senhor é amigo íntimo ou inimigo de alguma das partes aqui presentes?” Somente se o Juiz estiver interessado em ouvir aquela testemunha é que ele pode facilitar muito essa fase, pois ele quer que essa testemunha passe no crivo de testemunha. Ele pode facilitar perguntando de maneira induzida a resposta para a testemunha de modo que só é necessário que a testemunha abaixe a cabeça concordando. O Juiz, nesse caso, fala assim: “O Senhor (ou a Senhora) não é parente, nem amiga, nem inimiga das partes, não é Dona Fulana ou Senhor Ciclano?” Se a testemunha tiver sido orientada, ela ficará extremamente espantada e aliviada de observar como foi fácil passar por este momento. Se a testemunha é amiga, ainda que não íntima da Reclamante, ela não quer deixar de testemunhar em virtude desta relação, então ela está disposta a dizer que não é amiga da Reclamante. O problema reside na concepção que se dê para o que quer dizer “amigo íntimo”. Na audiência é fácil observar alguns critérios que foram escolhidos para definir o “amigo íntimo”²⁷. A expressão “amigo íntimo” está na lei, o que a lei não diz é o que é considerado como amigo íntimo. Alguns critérios que são usados para definir “amigo íntimo” na audiência trabalhista: entrar na casa um do outro; confidenciar segredos pessoais e íntimos; sair para tomar cerveja; compadrio; serem vizinhos de rua ou até da mesma quadra, entre outros.

Como dito acima, os Juízes não perguntam de maneira objetiva, principalmente se eles querem impedir aquela testemunha de ser ouvida como tal. Alguns

²⁷ Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 829. “A testemunha que for parente até o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes, não prestará compromisso, e seu depoimento valerá como simples informação.”

Juízes perguntam assim: “Senhor Fulano (ou Senhora Fulana), se o senhor tivesse um segredo pessoal seu, íntimo, o senhor teria coragem de contar para a pessoa do Reclamante? O Senhor confiaria para o Reclamante um segredo seu.” Essa é uma pergunta que contém em si algumas armadilhas. A testemunha geralmente não está preparada para essa pergunta e não sabe o que responder, ainda porque, quer responder corretamente, ou seja, ela fica sem saber o que dizer. Ela não sabe que a resposta correta é dizer não, eu não contaria um segredo meu, íntimo, para o Reclamante. Por outro lado, se ela pensa em dizer não, ela imagina que ela estará dizendo que não confiaria para o Reclamante um segredo seu, logo ela não é uma pessoa confiável, e isso é uma coisa ruim de se dizer de alguém, pelo menos no mundo de fora da sala de audiências. A testemunha dirá não, eu não confio; ou sim, eu confiaria um segredo a essa pessoa. Ainda tem mais, na pesquisa foi possível observar que se a pergunta foi feita por uma Juíza mulher e de modo muito simpático ou delicado, quando ela diz coisas do tipo “amigo íntimo,” “confidente do peito,” “contaria coisas só suas,” as testemunhas do sexo masculino sentem certo repúdio como se, admitindo isso, estivessem dizendo que existiria uma relação íntima, seja lá em que sentido, com o Reclamante.

Quando um Juiz pergunta: “Fulano, você alguma vez já saiu para beber com a pessoa do Reclamante?” Também há uma armadilha nessa pergunta, pois todo mundo sabe que no Brasil as pessoas, mesmo aquelas que não possuam grau de relação íntima, podem sair para beber. Inclusive, há colegas de trabalho que saem juntos para bares e boates e nem por isso são amigos íntimos. Na verdade, os Juízes não estão alienados dessa realidade, mas eles sabem que basta uma afirmativa no sentido de que pelo menos uma vez houve uma saída para um bar ou algo do gênero entre testemunha e Reclamante para que o Juiz diga que não poderá ouvir a testemunha. O Juiz também pode usar a seguinte pergunta: “O Senhor já entrou na casa da pessoa do Reclamante?” Se ele disser sim, também não será testemunha e o Juiz não vai nem querer saber em que circunstâncias e a quanto tempo isso aconteceu. Existem algumas decisões um tanto quanto sem sentido, por exemplo, se o desafeto do Reclamante ou alguém que não nutre muita simpatia pelo Reclamante vem testemunhar fatos que serão em benefício do Reclamante, se ele disser nesse primeiro momento que ele é de alguma forma o que se pode entender inimigo do Reclamante, ele também não será testemunha sob o argumento de que não há “isenção de ânimo” por parte da testemunha. Ora, se a testemunha é suposto inimigo do Reclamante e, ainda sim, consegue dizer

coisas que lhe sejam favoráveis é de se imaginar que de fato essas coisas ocorreram, porém uma vez tida por inimigo de alguma das partes, não será testemunha.

Existe uma controvérsia se uma pessoa que já litigou na Justiça do Trabalho contra determinado empregador poderá ser testemunha em um processo em que o empregador é o Reclamado, e o empregado foi colega de trabalho da testemunha. Ser antigo colega de trabalho não é causa para suspeição da testemunha, porém a ideia que se tem é que se alguém litiga contra alguém, ele automaticamente estaria suspeito para ser testemunha, pois ele estaria torcendo para o empregado que se vê na mesma situação que ele. Existiria um processo de identificação que seria relevante para a “isenção de ânimo da testemunha”. Também alegam que aqueles que litigam ou estão litigando contra um mesmo empregador estariam fazendo uma troca de favores ao servirem de testemunha nos processos um do outro. Na verdade, isso é muito comum e os advogados e os Juízes sabem disso. Como dito, arrumar uma testemunha é difícil e a melhor delas são os empregados da empresa que trabalharam no mesmo local, em mesma época e mesma condição, ainda porque a percepção que se tem é que colegas de trabalho não são amigos íntimos. Quando, por exemplo, há uma demissão de vários funcionários ao mesmo tempo, por exemplo, de três a cinco funcionários. A primeira reação dos empregados dispensados é se agrupar para tentar obter esclarecimentos e pleitear direitos juntos. O advogado, sabedor das dificuldades em providenciar boas testemunhas, vai orientar para que cada ação seja ajuizada separadamente para que cada um deles conte com o testemunho, nesse caso certamente favorável, dos outros colegas. O Enunciado da Súmula do TST n.º 357 pacificou, e se pacificou é porque é ou foi objeto de muita discussão, que: “Testemunha. Ação contra a mesma reclamada. Suspeição. Não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou ter litigado contra o mesmo empregador.”

Se a testemunha estiver bem orientada e conseguir passar pelo Juiz que quer dizer que ela é uma testemunha suspeita ou, ainda, encontrar um Juiz que facilite que ela passe por esse crivo, ou ela realmente ser uma testemunha isenta, independente e imbuída em dizer a verdade, o Juiz advertirá sobre os riscos de dizer alguma mentira. Nesse ponto, o Juiz tem um enorme poder, aliás, toda vez que o Juiz tem a obrigação ou o poder de falar, ele possui grande efeito sobre a audiência e as pessoas envolvidas. Um Juiz, com aquela roupa preta, diferente de qualquer vestimenta que se encontre na rua, olhando para a testemunha de

cima, com toda aquela linguagem corporal e expressão facial, e, se ainda tiver uma voz grave e forte, dirá: “Devo advertir ao Senhor (ou Senhora) que o Senhor (ou Senhora) está aqui para dizer a verdade sobre o que viu e o que ouviu. Se o Senhor (ou Senhora) mentir ou omitir algo sobre o que lhe for perguntado, bem como falsear ou deturpar a verdade dos fatos que tenha presenciado, o Senhor (ou Senhora) incorrerá em crime de falso testemunho, podendo sair daqui presa pela Polícia Federal, nos termos do art. 342 do Código Penal. Alguma dúvida?” Nesse momento, muitas testemunhas sentem vontade de ir embora. Ficam com medo de saírem presas da audiência e, toda aquela convicção de dizer tudo que sabiam e praticarem certa justiça em prol do Reclamante, se esvaem rapidamente. Todos os fatos na cabeça da testemunha que estavam “claros e distintos”, agora estão confusos e nebulosos. Testemunhas que nos corredores sabiam de tudo e podiam falar sobre qualquer fato começam a dizer: “Não me lembro bem. Não sei bem ao certo. Faz muito tempo para eu poder afirmar com certeza. Eu acho que foi assim etc.” O Juiz sabe que esta advertência tem um efeito forte. O problema é que esse efeito forte incide tanto sobre testemunhas que estão no intuito de mentir sobre fatos, como testemunhas que estavam dispostas a auxiliar verdadeiramente a elucidação dos fatos. O remédio na dose errada e na pessoa errada acaba atrapalhando. Há pessoas sérias e instruídas que pretendiam falar a verdade sobre fatos que tinham conhecimento e que após a advertência feita pelo Juiz não conseguirão dizer nada com segurança e o seu testemunho será todo perdido, pois ela já não sabe dizer nada com certeza, só pelo medo de ser presa. A coisa fica pior quando o Juiz diz que, se houver contradição entre os testemunhos ouvidos naquela audiência, necessariamente alguém sairá preso, pois não pode haver duas verdades em sentidos opostos e contrários. Quem já viveu uma experiência assim, jamais quer ser testemunha novamente. Se o Juiz estiver mal humorado, cansado e nervoso, dá medo. Como é dito por alguns advogados, se o ar condicionado estiver quebrado ou o cônjuge do Juiz tiver dormido de calça jeans, a audiência fica um pouco mais difícil.

Tanto o Juiz pode determinar que a testemunha não pode ser ouvida, pois é parente, amiga ou inimiga das partes, quanto isso pode ser alegado pelo advogado o que é chamado de “contradita”. A “contradita” é a impugnação da testemunha pelo advogado adversário, no sentido de que ela não tem condições de testemunhar com isenção de ânimo, normalmente sob os argumentos de parentesco, amizade íntima ou inimizade com alguma das partes. Se a teste-

munha confirmar, o Juiz acolherá a contradita e não a ouvirá como testemunha. A contradita deve ser feita imediatamente após a qualificação; se o testemunho começar, a oportunidade perdida gera a preclusão, ou seja, a impossibilidade de se questionar ou praticar tal ato. O advogado deve possuir “atitude” para contraditar a testemunha, pois o Juiz não para para perguntar se há interesse em contraditar. O advogado precisa, muitas vezes, interromper a fala do Juiz para dizer, por exemplo: “Excelência, eu gostaria de contraditar a testemunha, uma vez que há amizade íntima com o Reclamante”. A contradita sendo acolhida ou não, o advogado que se sentir prejudicado deverá dar os seus “protestos” em ata, imediatamente após a decisão que acolhe ou não a contradita.

As testemunhas são questionadas pelo Juiz. Há juízes que tentam esgotar todas as perguntas que ele considere pertinentes e necessárias para a ação em questão, inclusive, para evitar que os advogados façam muitas perguntas. Há juízes, no entanto, que não fazem pergunta nenhuma e já transfere ao advogado que faça as perguntas que queira. Esse último tipo é menos frequente. Se o Juiz fizer inicialmente as perguntas para a testemunha, logo após, ele abrirá a oportunidade para os dois advogados fazerem suas indagações. Se a testemunha foi convidada pelo advogado do empregador, ele procurará perguntar tudo o que ele sabe que será útil para a sua causa, uma vez que ele já sabe de antemão o que a testemunha pode lhe render. O advogado do empregado perguntará, para a testemunha que não é sua, coisas que possam desmascarar alguma inverdade ou possam colocar em contradição coisas ditas antes. Embora o Juiz, a doutrina e a lei digam que a testemunha é do Juízo, os termos usados são “as testemunhas do Reclamante”, “as testemunhas do Reclamado”. Um exemplo é quando o Reclamado traz duas testemunhas e o Reclamante não traz nenhuma. Os Juízes não costumam aceitar que o Reclamante use testemunhas que não são suas, porém, existem decisões nos Tribunais Regionais do Trabalho, no sentido de que, uma vez que as testemunhas estão compromissadas a dizerem a verdade, sob pena de cometer o crime de falso testemunho, e que o juiz pode ouvir quantas testemunhas e quais quiser, não há óbice legal para a oitiva de testemunha da parte contrária requerida pela parte que não trouxe testemunha. Os advogados não costumam ter a ousadia de pedir para ouvir a testemunha que a outra parte trouxe, sendo que isso poderia ser extremamente útil. Se o Reclamante é quem possui o ônus probatório e ele diz que não trouxe testemunhas, o que o advogado do Reclamado vai fazer é desistir da oitiva das

testemunhas, pois ele não precisa provar nada e ele já sabe que o Reclamante não provará nada, pois não tem testemunhas. As testemunhas do Reclamado estavam ali por precaução. Na audiência, nem sempre dizer muito ou tentar provar muito é uma boa estratégia. O bom advogado sabe a hora e a pergunta que deve ser feita e a hora que deve dizer: “Sem mais perguntas, Excelência.” O Juiz, depois de um depoimento de alguma das partes, ou depois da oitiva de uma testemunha, quando fica claro que as questões já foram “enterradas” com os testemunhos, pode fazer uma “brincadeira” para algum dos advogados, do tipo: “O Doutor ainda quer ouvir alguma testemunha?” O que ele está querendo dizer com um leve sarcasmo é: “O Senhor já perdeu Doutor com a confissão do seu cliente ou com o relato claro dessa testemunha, o senhor ainda quer nos fazer perder mais tempo com testemunhas? Acho melhor o Senhor parar por aqui, pois pode ser pior?”

À medida que algumas coisas vão se definindo no decorrer da audiência, as partes que estavam relutantes para fazerem um acordo, começam a ficar mais propensas e interessadas em fazer o acordo. Se na fase conciliatória, na audiência inaugural, o Reclamado ofereceu R\$ 3.000,00 (três mil reais), e o Reclamante recusou, pois achava que poderia ganhar R\$ 20.000,00 correspondente a horas extras; se na audiência de instrução o Reclamante não conseguiu provar nenhuma hora extra e as possibilidades de ganho para outros pedidos não totalizam R\$ 3.000,00 (três mil reais), já sabendo por conta própria ou por orientação do advogado que o pedido de hora extra não será procedente, ele já tem mais disposição para fazer um acordo no patamar oferecido anteriormente ou até menor. Se o advogado da parte Reclamante estiver atento, sabendo que os riscos da sua ação não são superiores a R\$ 3.000,00 (três mil reais) já oferecerá menos. O Juiz pode até, para facilitar o acordo, fazer com que as horas extras “desapareçam” das expectativas do Reclamante. Isso pode ser feito pela obtenção da confissão do Reclamante por meio de um “jogo de palavras”, que, às vezes, só juízes e advogados entendem; pode ser feito pela desqualificação total das testemunhas para que nenhuma seja ouvida; da pressão na testemunha para que ela não consiga dizer nada com precisão, fazendo que o testemunho seja inservível como prova das horas extras. Pode ocorrer exatamente o contrário, quando o Juiz faz com que as horas extras fiquem bem caracterizadas, também para forçar o acordo, porém dessa vez em patamares mais elevados. O Juiz sabe quando a empresa tem condições de pagar mais ou

quando o empregado tem condições de receber o que a empresa oferece. Parece que só é necessário aquele empurrãozinho para que o acordo saia.

Existe a prova pericial, que é uma medida usada para alguns casos mais específicos. São exemplos mais claros os casos em que há discussão acerca do trabalho realizado em condições insalubres ou perigosas. Nessa situação, o juiz designará um perito para que ofereça um laudo técnico sobre as condições de trabalho que é ou era realizado pelo empregado. A perícia, na audiência, muitas vezes é usada para forçar um acordo, na medida em que a perícia, além de retardar o término do processo, implica em condenação ao final de honorários periciais. Quando é assim, os empregadores preferem, dependendo do caso e do porte da empresa, se esforçarem para o acordo, pois evitam o pagamento do honorários do perito. Além do que, na grande parte das vezes, o laudo pericial é algo incontestável até para o Juiz, sendo que dificilmente um Juiz julgará diferente do que o perito falou. Sendo assim, é melhor que o perito fique quieto no seu canto.

Após a oitiva das testemunhas, caso haja testemunhas, em regra, o Juiz vai encerrar a instrução processual. Após o encerramento da instrução o Juiz deve perguntar se as partes pretendem produzir razões finais. As razões finais são o fecho feito pelos advogados, ressaltando os fatos que fortalecem a sua tese e os fundamentos jurídicos que a embasam. Também é nas razões finais o momento para a arguição de alguma nulidade processual. Em geral, os Juízes falam da seguinte forma para os advogados: “Remissivas, Doutores?”. Isso significa que a Juíza não quer dispensar 10 minutos para um advogado e mais 10 para o outro advogado para falarem em razões finais, já que ela não necessita disso para julgar. O que é necessário para a prolação da sentença é a petição inicial, a contestação, a réplica, os depoimentos pessoais das partes, as declarações das testemunhas e, eventualmente, um laudo pericial. O Juiz não precisa que lhe ensinem como julgar o processo. Na maioria dos casos, o Juiz já sabe qual é a sua decisão. Existe um advogado que milita nas Varas do Trabalho de Brasília, um senhor já idoso, que faz questão de se manifestar em razões finais e a maioria dos juízes sabe disso. Assim, quando acaba a instrução o Juiz já costuma perguntar: “Razões finais em memoriais, Doutor?” O que é confirmado com um aceno de cabeça e um simpático sorriso.

Após as razões finais que normalmente não ocorrem, o Juiz ofertará novamente a possibilidade conciliatória, em virtude da obrigatoriedade disposta em

lei²⁸. Se não houver acordo, o Juiz determinará que os autos sejam conclusos para a sentença. Tanto é que, se um Juiz estiver proferindo uma sentença oralmente em audiência, os advogados próximos ficam interessados em acompanhar, ante sua excepcionalidade.

A audiência de instrução e julgamento é, na verdade, apenas de instrução. O julgamento em quase todos os casos é designado para uma data posterior, em que as partes já ficam intimadas, e que a presença delas e de seus advogados é dispensada. A audiência de julgamento é uma mera formalidade, pois o que ocorre é simplesmente que o Juiz ou seus assessores elaboram a sentença; ela é assinada pelo Juiz e disponibilizada pela secretaria da Vara no dia e hora designada. Isso é importante, principalmente para efeito de contagem do prazo para recurso.

O exemplo de uma audiência trabalhista

Agora, passamos a descrever uma audiência trabalhista “una.” Se para o leitor a audiência trabalhista ainda permanecer um algo esotérico, esta narrativa servirá para que se tenha uma noção de como as coisas podem funcionar.

Não está expresso na narrativa um detalhe que será dito agora. Enquanto essa audiência ocorria, havia um estudante de Direito sentado e assistindo a tudo o que acontecia. Era a primeira audiência trabalhista que ele acompanhava. A propósito, era a primeira audiência que ele assistia e o primeiro contato com a atividade jurídica. Este estudante é exemplar, gosta de boas notas no boletim, gosta de usar terno, possui um bom Vade mecum e é imbuído de grandes ideais para o seu mister jurídico. Ele observava tudo o que acontecia e, só mais um detalhe: ele conhece a legislação processual trabalhista, o Direito Processual Civil, o Direito Material do Trabalho e teve como professores juízes, advogados e promotores de justiça.

Nessa primeira audiência assistida por esse estudante acima mencionado, discutia-se uma relação de emprego doméstico. De um lado a patroa e do outro a empregada. Era uma audiência da 13ª Vara do Trabalho de Brasília, no primeiro semestre de 2005, marcada para as 14h25min. às 14h29min. a audiência

²⁸ Consolidação das Leis do Trabalho, art. 850. “Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão.”

foi aberta pelo Juiz do Trabalho. A Reclamante, empregada doméstica, acionou judicialmente a Reclamada, empregadora doméstica, e o seu advogado escreveu na petição inicial, em síntese, que: A Reclamante foi admitida em 26.07.2004, tendo sido dispensada sem justa causa, sem o recebimento das verbas rescisórias e indenizatórias. Disse que percebia o valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) como salário mensal, que a sua Carteira de Trabalho e Previdência Social não foi anotada, e que a empregadora não fez as contribuições previdenciárias. Nos pedidos, a empregada doméstica pediu: pagamento de aviso prévio (R\$ 300,00); férias proporcionais (R\$ 175,00); 1/3 sobre férias proporcionais (R\$ 58,00); 13º salário proporcional (R\$ 175,00); multa do art. 477 da CLT (R\$ 300,00); e anotação na CTPS com data de admissão em 26.07.2004 a 14.01.2005. O valor total da causa era de R\$ 1.008,00. A petição da Reclamante era curta e simples. Ela não mencionava nenhuma informação que pudesse demonstrar o contexto do trabalho. A Reclamante não disse que era babá; não mencionou como era a casa onde trabalhava; não disse como era tratada por seus patrões; não disse quais os seus sentimentos em relação à criança que ela cuidava e de que maneira a criança se comportava em relação a ela. Não foi mencionado também em que circunstâncias se deu a despedida, os motivos para a dispensa, e não está claro na petição quais são as condições financeiras da empregadora e qual a situação financeira da empregada. Não há um relato sobre que tipo de tarefas eram feitas; sequer há o horário de trabalho; se a empregada dormia no emprego; se a empregada solicitou o pagamento, e de que maneira teria solicitado, qual foi o motivo da recusa para que se pagasse etc. A petição inicial só enuncia o que é necessário. Esses enunciados são tão padronizados e suficientes para o seu efeito jurídico que um mesmo modelo de petição serve para centenas de casos semelhantes, sendo necessário apenas alterar uma dúzia de dados. Uma pergunta: Por que os fatos da vida são tão enquadrados e formatados ao virem em uma petição inicial? Vamos analisar os pedidos da petição inicial e as frases padronizadas utilizadas para determinarem os fatos que se quer construir.

A petição inicial traz inicialmente um chamamento ao Juiz do Trabalho: “Excelentíssimo Senhor Juiz da Vara do Trabalho de Brasília/DF”. Esse endereçamento é básico para qualquer petição inicial trabalhista, inclusive com um espaço em branco para que o setor de distribuição do fórum encaminhe para uma das 21 Varas existentes. Depois de uns dez centímetros de espaço branco no papel, está o nome da empregada doméstica e sua qualificação, que contém:

nome completo, nacionalidade, estado civil, profissão e endereço. Após, está a frase: “através de seu advogado, infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, propor”. Ao centro é colocado em letras maiúsculas e negritadas a inscrição “Reclamação Trabalhista”. Logo abaixo, o dizer: “em desfavor de” e o nome da Reclamada, nacionalidade, estado civil, profissão e endereço. Outra frase padronizada: “tendo em vista os fatos e fundamentos de direito abaixo aduzidos”. O advogado, nesse ponto, diz que não há comissão de conciliação prévia, pois a tal comissão não teria sido instalada. A comissão de conciliação prévia é uma etapa anterior ao ajuizamento da ação no Poder Judiciário Trabalhista, desde que ela exista e tenha sido constituída segundo os ditames da lei, geralmente por meio de negociação entre o sindicato patronal e sindicato obreiro. Após isso, o advogado chega na parte em que ele precisa “enunciar” os fatos que merecem ser construídos para os objetivos pretendidos com a ação trabalhista. Os fatos que são enunciados não precisam necessariamente corresponder ao que de fato aconteceu e também não é necessário expor todo o contexto ou a totalidade dos acontecimentos. Os fatos que são expostos na petição são os fatos da vida, todavia, são os fatos que podem ser tidos como jurídicos.

Só os fatos jurídicos interessam ao Direito e é isso que o advogado tenta representar em sua petição. A primeira frase é: “A Reclamante foi admitida aos serviços da Reclamada em 26.07.2004”. Esse primeiro fato é o fato da vida em que uma pessoa aceita que uma outra preste seus serviços. O Direito diz que esse fato da vida é um fato jurídico, melhor qualificado como ato jurídico, em que se estabelece o contrato empregatício, surgindo direitos e deveres para ambas as partes. O advogado quer que o Juiz do Trabalho reconheça a existência do vínculo empregatício entre a Reclamante e a Reclamada. O fato começa a ser construído. Alguém pode se sentir tentado a perguntar: Isso realmente aconteceu mesmo? E foi nesse dia? Isso é mais complicado de saber. Tomar conhecimento, e um conhecimento seguro, sobre o que de fato ocorreu é um desafio que supera a pretensão deste trabalho. Uma coisa é o fato que se deu lá em algum lugar do passado. Outra coisa é o fato de um advogado enunciar que, no dia 26.07.2004, a Reclamada contratou a Reclamante para dispor de seus serviços. Ao enunciar o fato, ele dá início ao que pode determinar uma decisão final em um processo trabalhista. Ocorre que o advogado e sua cliente não possuem condições de determinar esse fato por eles mesmos. É necessário todo o aparato judicial e suas

regras para que o fato se consolide e possa gerar efeitos. Segundo Pontes de Miranda, um fato da vida que tenha relevância para o Direito sempre gera efeitos. Na nossa análise, o advogado se depara com sua impotência para fazer gerar efeitos sobre a mera enunciação de um acontecimento. É necessário construir o fato para que ele exista, para que ele seja compreendido como jurídico, para que ele possa surtir efeitos.

O advogado continua com a enunciação dos fatos que ele precisa criar para obter algum dinheiro daquele processo: “tendo sido dispensada sem justa causa”. Quando o advogado fala que a sua cliente foi dispensada sem justa causa, ele começa a construção de um outro fato. Dispensar sem justa causa é dizer que não quer mais o trabalho de uma pessoa sem necessitar ou sem dizer as motivações daquele rompimento da relação antes estabelecida. Esse fato da vida pretende ser um fato jurídico gerador de direitos e deveres. O advogado busca obter a consubstanciação no processo judicial da existência de uma ruptura contratual, porque a ruptura gerará a necessidade de que a empregadora pague determinados direitos. Se o Juiz se convencer ou aceitar a dispensa sem justa causa, ele somente poderá determinar o pagamento dos direitos da Reclamante, se ainda não estiverem adimplidos ou, se adimplidos, não estiverem corretamente. Continuamente, o advogado escreve: “contudo não logrou receber suas verbas rescisórias e indenizatórias que lhe são devidas”.

Com quais fatos o Direito trabalha? O Direito trabalha com os fatos que acontecem na vida real e diária das pessoas ou com os fatos praticados por advogados, partes, testemunhas, serventuários e peritos? O que é que vale: o que de fato aconteceu ou o que me dizem e contradizem sobre o que aconteceu? O Direito é limitado para alcançar a verdade dos acontecimentos, pois ele está dentro de prédios, servidores e membros de poder, e lá só chegam enunciações. As enunciações é que são os fatos da vida do Direito estatal. O Direito não resolve o conflito, ele resolve o que as pessoas dizem acerca do conflito e o que querem em torno desses discursos e representações. O advogado diz o valor do salário da empregada doméstica, pois esse fato é necessário para a sua consequência, ou seja, para servir de base de cálculo de todos os valores a serem pagos. Ele diz que não houve anotação na CTPS e que não houve recolhimentos ao INSS. Com esses pronunciamentos, ele tem os fatos necessários para pedir que as consequências sejam asseguradas pela instituição Poder Judiciário.

A Reclamada lê a petição que lhe chega por meio do correio e vê que as coisas não aconteceram como está narrada, mas intuitivamente pensa: “Se o Juiz acreditar ou eu não conseguir desmentir essas alegações, o Juiz agirá como se esses fatos existissem?” É necessário, portanto, uma intervenção desconstruidora de um enunciado. É necessário que um outro fato se constitua para barrar emergência de um fato jurídico. A Reclamada deve agir em conformidade ao que lhe adverte a intimação recebida pelo Judiciário Trabalhista: “Fica V. Sa. Notificado a comparecer a audiência que se realizará na data supra... quando deverá apresentar defesa (CLT, art. 846)”;

“O não comparecimento de V. Sa. importará a aplicação de revelia e confissão quanto a matéria de fato.”; “Adverte-se que haverá instrução na primeira audiência, na forma dos arts. 845, 848, 849, 850, 851 e 852 da CLT”. A regra é que a ausência torna o que se alegou fato.

Logo que iniciou a audiência, o Juiz perguntou se havia a possibilidade de acordo. A Reclamada, empregadora, tinha interesse no acordo, porém em um valor baixo, em torno de R\$ 300,00 (no máximo), contudo ela estava interessada em dificultar ao máximo a situação da empregada doméstica. A Reclamada estava “com raiva” de sua antiga empregada, pois ela havia dito que teria sido mandada embora, enquanto que a empregada é que teria ido embora e não retornado mais ao serviço. Além disso, a Reclamada disse haver pagado a verba referente ao 13º salário, embora não houvesse pegado recibo de nada, e a Reclamante, empregada, estava dizendo na petição que não havia recebido. A anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, segundo a Reclamada, não havia sido feita porque a empregada não queria ter a sua CTPS “suja” com o registro de um trabalho doméstico. São muitos os casos de empregadores que não anotam a CTPS e argumentam que o trabalhador não queria a anotação. Os dois argumentos que são colocados na audiência são, geralmente: o empregado não queria sujar a sua CTPS com um trabalho que ele não sabia se iria ficar muito tempo ou, no caso do doméstico, pois a empregada não quer que conste, uma vez que ela tem a intenção de procurar outra atividade profissional; ou, o outro argumento é que os empregados não querem assinar a CTPS para não terem que contribuir com a sua parte para o INSS. Existem situações em que é realmente o empregado que não quer a assinatura, como também, há casos em que é o empregador que não tem interesse em assinar a CTPS. Os Juízes, em regra, seguem o argumento legal de que a anotação da CTPS é obrigatória, porém, há situações que a anotação é desprezada, por exemplo, para que um acordo seja entabulado “sem o reconhecimento de vínculo”.

Na fase em que estava se discutindo o acordo, a Reclamante disse que queria receber “tudo”, ou seja, que ela aceitaria “um acordo”, desde que recebesse todo o valor pedido, R\$ 1.008,00 (mil e oito reais). Essa orientação pode ter sido dada pelo próprio advogado. O advogado consulta a Reclamante só para fingir que não sabe a resposta da Reclamante e diz, após, para o Juiz: “Olha, Excelência, a Reclamante aceita o acordo desde que seja o valor total”. A expressão do corpo, dos olhos e da voz do advogado demonstra um ar de cinismo, ele age como se não conhecesse a regra do campo que diz: “acordo é quando as duas partes cedem um pouquinho do seu direito, o empregado não recebe tudo, o empregador não paga tudo (a grande questão é o que é esse tudo). Esse advogado age como se não pudesse fazer nada contra a vontade da Reclamante, como se a Reclamante não estivesse sobre a sua forte influência. O Juiz sabe que não existe, no campo, um acordo em que se pague tudo, isso contraria o conceito de acordo da audiência trabalhista. Os Juízes costumam dizer: “Se é tudo, então não é acordo”. Existe nos Juízes uma percepção anterior de que a Reclamante sempre tem condições bem melhores do que a empregada doméstica, sem querer dizer com isso que os Juízes achem que as patroas sejam ricas ou “muito bem de vida”. Nessas questões, os Juízes acham que os empregadores domésticos têm mais é que fazer o acordo. Os empregadores devem sacrificar um pouco do seu conforto e pagar alguma coisa para a empregada. A busca pela verdade real fica relegada ante aquela questão em que a empregada doméstica quer receber “os seus direitos”. Na fase do acordo, a Reclamada oferece então, em contrapartida de “todo o valor” que a Reclamada pede, R\$ 100,00 (cem reais) e argumenta que é isso que a Reclamante merece. Nesse ponto, o Juiz vê quais são os parâmetros iniciais da negociação pelo acordo: entre R\$ 1.008,00 (mil e oito reais) e R\$ 100,00 (cem reais). Esse Juiz que estava presidindo a audiência possui um comportamento vaidoso. Ele gosta de falar bonito, de argumentar com questões envolvendo “psicologia”, “bom senso” etc. Ele começa a argumentar com a Reclamada que ela deveria ser mais generosa, caridosa e compreensiva: “Que ela deveria abrir o coração”. A Reclamada achou estranho um Juiz falar assim, ainda mais que, segundo ela, “como é que o Juiz podia pedir para ela ser generosa, ante “coisas” que a Reclamante fez para ela”. A Reclamada rompeu para o Juiz e disse: “Excelência, eu já paguei tudo o que devia a ela”. Nessa hora, o Juiz ficou bravo. A Reclamada não quis saber do “papo furado” do Juiz. Ele se sentiu afrontado de que ela não reconhecesse a “sabedoria” e as “belas palavras dele”.

A coisa já tinha ficado pessoal. Ele queria que a Reclamada aumentasse o valor de proposta do acordo.

A Reclamada disse que não havia como pagar tudo, pois já havia pago o 13^a salário. O Juiz, na tentativa de facilitar o acordo, pergunta para a Reclamante se ela já havia recebido o 13^o salário. A Reclamante que estava o tempo todo de cabeça baixa, sem ter coragem de olhar para sua patroa, diz: “Eu não sei, acho que sim”. O Juiz não costuma gostar desse tipo de resposta, então ele pergunta novamente: “Recebeu ou não recebeu”. A Reclamante fica nervosa, mas diz que sim. Os advogados então sabem que houve, com a confissão da Reclamante, uma redução no valor total dos pedidos, no caso R\$ 175,00 (cento e setenta e cinco reais). Chega um ponto em que a Reclamante diz aceitar R\$ 500,00 (quinhentos reais). A Reclamada oferece R\$ 400,00 (quatrocentos reais), pois ela acha que é só isso que corresponderia ao que ela devia pagar.

Nesse momento, é que acontece algo extremamente interessante. As duas partes “birram”. Nenhuma delas sai dos R\$ 500,00 e R\$ 400,00. Nenhum centavo para cima, nenhum centavo para baixo. A audiência já havia passado do tempo normal que se espera de uma audiência dessa. O Juiz agia ainda como se alcançar o acordo fosse algo que “massageasse o ego dele”. Ele agia como se persuadir as partes fosse um esporte interessante, algo para o deleite da sua vaidade. Quando ele chegou em R\$ 500,00 da Reclamante e R\$ 400,00 da Reclamada, ele pensou e disse: “R\$ 450,000 (quatrocentos reais) é um bom acordo para mim”. Quando o Juiz diz que “tanto” é um bom acordo, é melhor aceitar. A Reclamante inicialmente não quis aceitar, contudo, o advogado logo a convenceu para que aceitasse o acordo em R\$ 450,00 (quatrocentos).

Quando o Juiz convenceu o lado de lá a aceitar os R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais), que ele achou que estaria resolvido, a Reclamada quebrou com as regras do jogo e disse que, embora a Reclamante tivesse decidido em se aproximar do acordo, ela ainda manteria a sua proposta de só pagar R\$ 400,00 (quatrocentos reais). Nessa hora, o Juiz se enfureceu. Ele deve ter pensado que ele havia perdido todo o tempo dele para fazer com que os valores fossem se aproximando até um meio termo, que R\$ 50,00 (cinquenta reais) seria uma “pechincha” para a patroa e ela não aceitou. O Juiz esbravejou (gritou realmente): “A senhora está sendo muito renitente. A senhora está sendo muito renitente. A senhora devia não tripudiar em cima dos outros (se referindo à empregada que

nessa hora se fez de pobre coitada e percebeu que o Juiz já tinha tomado partido, uma vez que a Reclamada não poderia ter deixado de aceitar um acordo em que o Juiz tivesse dito que achava bom). Nessa hora, a Reclamada ficou espantada e com medo, além do que nunca imaginou que um Juiz pudesse ter tal comportamento. O Juiz ainda perguntou para a Reclamada: “A senhora não vai aceitar os R\$ 450,00, não vai aceitar?”. O advogado da Reclamada estava interessado em medir até onde ele era competente em barganhar e negociar para que o valor chegasse a R\$ 400,00 (quatrocentos reais). Ele queria fazer a empregada se submeter ao que a sua cliente queria e não ao que ela queria. Ainda porque ele estava confiante na sua tese jurídica e nas suas testemunhas (duas) que estavam lá fora. Era um jogo para o advogado. A Reclamada só não aceitou R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais) porque o advogado disse, no ouvido dela, aceitar só R\$ 400,00 (quatrocentos reais) e nenhum centavo a mais. O advogado estava muito confiante na sua tese jurídica e nos eventuais resultados jurídicos possíveis. Ele calculava que se houvesse condenação, em sentença, essa não seria maior que R\$ 400,00 (quatrocentos reais). Todavia, ele ignorou que em uma audiência trabalhista não basta conhecer bem o que diz a lei e o direito, não basta ter supostas boas testemunhas; é necessário não ignorar as outras regras, as regras não escritas da audiência trabalhista. Pois bem, no momento em que o advogado disse à sua cliente: “Não aceite acordo superior a R\$ 400,00, em hipótese alguma” e passou para a Reclamada que esta era uma boa saída, ele infringiu a regra que diz que, quando o Juiz consegue chegar num valor médio do acordo e diz que é um bom acordo, deve-se aceitar.

Depois que o Juiz gritou que a Reclamante era renitente (a Reclamante nem o advogado sabiam o que era renitente). Ele falou: “Vamos julgar”. Pediu a defesa escrita e os documentos para o advogado da Reclamada. O advogado ficou preocupado, pois o Juiz estava com muita raiva com o comportamento da Reclamada. A Reclamada ficou também com medo e pensou que só não aceitou o acordo porque o advogado disse para não aceitar. O Juiz ouviu o depoimento da Reclamante, mas fez tudo para não consignar nada que pudesse prejudicar a Reclamante. Inclusive, quando o Juiz perguntou, na fase de instrução processual, em que o que é dito passa a constar da ata, se a Reclamante já havia recebido 13^a salário, a Reclamante disse que não havia recebido, contrariando o que ela já havia admitido na fase conciliatória e, mesmo assim, o Juiz consignou que ela não havia recebido.

A Reclamada também foi ouvida. A Reclamada possuía duas testemunhas. A primeira testemunha era uma outra empregada que havia trabalhado no mesmo período que a Reclamante, porém como diarista. Essa testemunha ficou super amedrontada com o Juiz lhe dizendo que, se ela “mentisse ou omitisse sobre qualquer fato que soubesse, ela poderia sair dali presa”. Durante as perguntas, o Juiz fazia questão de perguntar: “A senhora tem certeza?” O Juiz também fazia perguntas em que a testemunha deveria responder com muitos detalhes. Toda vez que o Juiz perguntava algum detalhe e a testemunha não conseguia ter clareza, a testemunha era obrigada a dizer: não sei bem, não sei ao certo. Talvez tenha sido assim, talvez não. Assim, o Juiz conseguiu inviabilizar toda a prova testemunhal. Ainda que a testemunha tenha presenciado os fatos importantes e relevantes, quando o Juiz perguntava detalhes, a testemunha, que era uma pessoa simples e diarista, preferia voltar atrás no seu depoimento, pois “estava com medo de ser presa”.

Durante a oitiva da testemunha, o Juiz ainda falou: “Ainda há outra testemunha para ser ouvida, se houver alguma contradição, alguém pode sair daqui preso”. Numa situação dessas, qualquer testemunha prefere não ter certeza de nada, é mais seguro, pois nunca se sabe o que um Juiz daquele jeito (enfurecido) poderia fazer. Quando essa testemunha terminou de dizer, embora ela tenha conseguido afirmar alguns fatos importantes, o Juiz consignou em ata: “Registre-se que, durante todo o depoimento, a testemunha buscava com o olhar o apoio na reclamada e seus advogados”. Foi a primeira vez que foi presenciado por mim um Juiz registrar algo desse tipo. Certamente, o Juiz já estava preparando essa “desqualificação da testemunha” para embasar sua sentença sem ter problemas com aquelas declarações. A outra testemunha não conseguiu acrescentar nada de muito importante. Quando terminou essa última testemunha, o Juiz encerrou a instrução. Em regra, os advogados não fazem razões finais, porém o advogado iniciante da Reclamada pediu para fazer. Nessa hora, com o intuito de desprestigiar o advogado e demonstrar desconsideração, o Juiz concedeu para o advogado que fizesse suas razões finais; contudo, levantou da mesa e foi para o seu gabinete, deixando que o advogado ficasse ditando suas razões finais para a auxiliar de secretária.

Quando o advogado terminou suas razões finais, já sabedor do que tinha acontecido na audiência, e o Juiz, não estando presente na sala de audiências, ele tentou uma atitude para tentar remediar em não ter deixado que a sua cliente

tivesse feito o acordo no momento certo. Ele se virou para a Reclamante e seu advogado e falou: “Vamos encerrar isso num acordo?” O advogado da Reclamada, já antevendo uma condenação em pelo menos R\$ 708,00 (setecentos e oito reais), ofereceu R\$ 500,00 (quinhentos reais). Mesmo a Reclamante e o advogado dela, sabendo que na sentença eles iriam obter um grande sucesso, aceitaram. Uma informação importante, nesse momento, explica por que eles aceitaram: o advogado da Reclamante era amigo do advogado da Reclamada e, ainda que não seja comum, o advogado da Reclamante estava um pouco constrangido, pois sabia que havia mentido em algumas de suas alegações e que o comportamento do Juiz não havia sido ponderado e adequado. A Reclamante também estava com “peso na consciência”, pois a relação com a sua patroa havia sido muito amistosa e algumas das declarações da Reclamante eram mentirosas. Em razão da compaixão e do remorso sentidos pelo advogado e Reclamante, eles aceitaram que fosse feito o acordo por R\$ 500,00 (quinhentos reais), sendo parcelados para 30, a primeira parcela de R\$ 250,00, e 60 dias, a segunda parcela de R\$ 250,00. Esse acordo foi feito enquanto o Juiz estava no seu gabinete.

Quando o Juiz retorna do gabinete e os advogados informam que foi feito um acordo no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), o Juiz faz uma grande cara de descontentamento. É como ele dissesse: “O quê? Depois de todo esse trabalho, agora essa patroazinha “petulante” vai fazer um acordo bem próximo do que já havia sido falado, inclusive pois agora ela sabe que perdeu”. O Juiz, indignado em ter que homologar o acordo, quando ele queria era ver a Reclamada “levando uma baita duma sentença no lombo”, pergunta com raiva e contrariado para a Reclamante: “Tem certeza? É isso mesmo que você quer?” Quando o Juiz fala isso, as partes ficam com medo de contrariá-lo. Mesmo assim, ela ainda disse que sim, timidamente. Aí, o Juiz perguntou com raiva: “Quais os termos do acordo?” O que foi respondido: 02 (duas) parcelas de R\$ 250,00, em 30 e 60 dias”. O Juiz, logo em seguida, diz: “O quê? A senhora ainda não vai pagar nada agora? Não, alguma coisa tem que ser paga agora.” A Reclamada disse: “Eu não tenho condições de pagar nada hoje, eu estou desempregada” A Reclamante disse que não havia problema em dar o prazo, porém o Juiz disse: “Ah, não. Ah, não. Se não houver o pagamento de pelo menos alguma coisa agora, não tá certo.” Em seguida o Juiz arrematou, perguntando de maneira induzida para a Reclamante: “Assim a Senhora não vai aceitar, não é? É melhor a senhora não aceitar.” Desse modo, a Reclamante passou a dizer que algo tinha que ser dado naquela hora e

o acordo não se fez. Quando ficou estabelecido que não haveria acordo, estava clara a alegria do Juiz em poder proferir a sentença. O Juiz designou a data para a publicação de julgamento para uma data bem próxima e encerrou.

Quando os advogados saíram da sala, eles conversaram que, após a sentença, poderiam tentar um acordo por petição, pois aí o Juiz estaria mais calmo e já teria esquecido aquela audiência. No gabinete, ele homologaria. A sentença saiu e a Reclamada foi condenada em todos os pedidos, inclusive em um que o advogado acreditava fundadamente que seria impossível conceder. O Juiz encontrou um julgado raro no sentido daquele pedido e fez questão de conceder à Reclamante só para piorar a situação da Reclamada.

Depois, os advogados fizeram uma petição e assinaram juntos, fazendo o acordo de R\$ 500,00, embora a condenação na sentença tenha sido de R\$ 1.008,00 (reais). O advogado da Reclamante sabia que não era devido o valor total da petição, por isso não foi difícil aceitar os R\$ 500,00. Desses R\$ 500,00, provavelmente R\$ 350,00 foram para a Reclamante e R\$ 150,00 para o advogado, o que corresponde ao pagamento de 30% sobre o valor obtido na ação, a título de honorários.

Lembra do estudante de Direito? Como será que ele encarou a audiência trabalhista? Ele viu o Juiz gritando. Viu uma patroa doméstica e uma empregada doméstica. Viu um advogado inexperiente.

Quando ele saiu dali, deve ter pensado: “As regras do Direito entortaram!”

Conclusão

É hora das confissões. Esta monografia está totalmente conectada com o meu primeiro semestre do curso de Direito. Na disciplina Iniciação a Ciência, conheci Descartes e me apercebi da minha necessidade de ideias “claras e distintas”. No Direito, eu vi esse tipo de pensamento. Contudo, caminhei por leituras de grandes autores, tais como Descartes, Bacon, Hume, Popper e Kuhn. Nessa trilha, pensava muito sobre a ideia de ciência como algo fascinante, pelo qual toda a verdade poderia ser facilmente alcançada. No Direito, esperava encontrar ordem, justiça, razão, certeza, confiança e segurança. Logo no segundo semestre, ainda que no primeiro alguns sinais já se apontassem, descobri que a proposta da faculdade e do “ensino jurídico” era a formação de bons “técnicos e profissionais

do Direito”. O pensamento crítico, questionador e interessante estava totalmente alheio ao que propunha certas disciplinas jurídicas. O comando era conhecer os dogmas e aprender os processos de raciocínio da “ciência jurídica”. Isso tudo era desanimador e cansativo.

Contudo, conheci o professor Luiz Eduardo, a professora Bistra Apostolova, o professor Frederico Barbosa e o professor Luiz Patury. Foi um grande refúgio. Li excelentes autores, tais como Durkheim, Weber, Marcel Mauss, John Rawls, Dumont, Latour, Gadamer, dentre muitos outros. Eu tinha questões que me instigavam acerca de epistemologia, a ideia sobre o que é a ciência e a busca pela verdade. Queria muito saber acerca de “como os juristas pensam”, “quais as categorias de pensamento dos juristas”. Nesse sentido, no grupo de pesquisa Lei e Sociedade passei momentos excelentes em companhia de pessoas agradabilíssimas. Contudo, ainda permanecia em mim a busca por ideias “claras e distintas”. Foi nesse contexto e nesse lento processo, após muita resistência, que conheci a etnografia, a busca pelas “coisas concretas” e “como elas acontecem na prática”. Reticente, a etnografia foi um “parto” para mim.

Deste trabalho, ficou para mim a noção de que o Direito está completamente impregnado de suas contingências locais. Nesse sentido, é possível dizer que exista um Direito Processual do Trabalho do Distrito Federal; um Direito Processual do Trabalho de São Paulo; um do Amazonas etc. As ideias universalizáveis do Direito não o explicam no contexto em que ele é vivido, percebido e exercido. É impossível o exercício do Direito sem observar o seu “conhecimento local”. Há muito mais riquezas, complexidades, contradições do que segurança e clareza. As possibilidades são o que há.

O Direito não pode se valer apenas dos fatos, pois os fatos não falam por si mesmos, eles precisam que nós falemos por eles²⁹.

Referências

ABREU, L.E.L. Se meu fato falasse: Corte de Pedra e o Centro. In: *Você pesquisa? Então mostre!* Seminário de Pesquisa na Graduação, 1992, Brasília. p. 98-99.

BACON, Francis. *Novum organum*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

²⁹ Frase dita ao autor deste trabalho por Luiz Eduardo Abreu.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. Português de Portugal.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, J. C. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1975.

COUTINHO, João Hélio de Farias Moraes. *Fato jurídico*. Disponível no site: <<http://www.esmape.com.br/downloads/fato.pdf>>. Acesso em 20 jun. 2007.

DERVICHE, Victor Rafael. *Iniciação à advocacia trabalhista: fase de conhecimento: roteiro do advogado trabalhista iniciante*. São Paulo: Método, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 20. ed. rev. e aum. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998.

KHUN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

KROPE, Simone Petraglia; FERREIRA, Luiz Otávio. *A prática da ciência: uma etnografia no laboratório. História, Ciências, Saúde, Manguinhos*, Rio de Janeiro, 1997.

LATOUR, Bruno; WOOLGAR, Steve. *A vida de laboratório: a produção dos fatos científicos*. Tradução Angela Ramalho Vianna. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997.

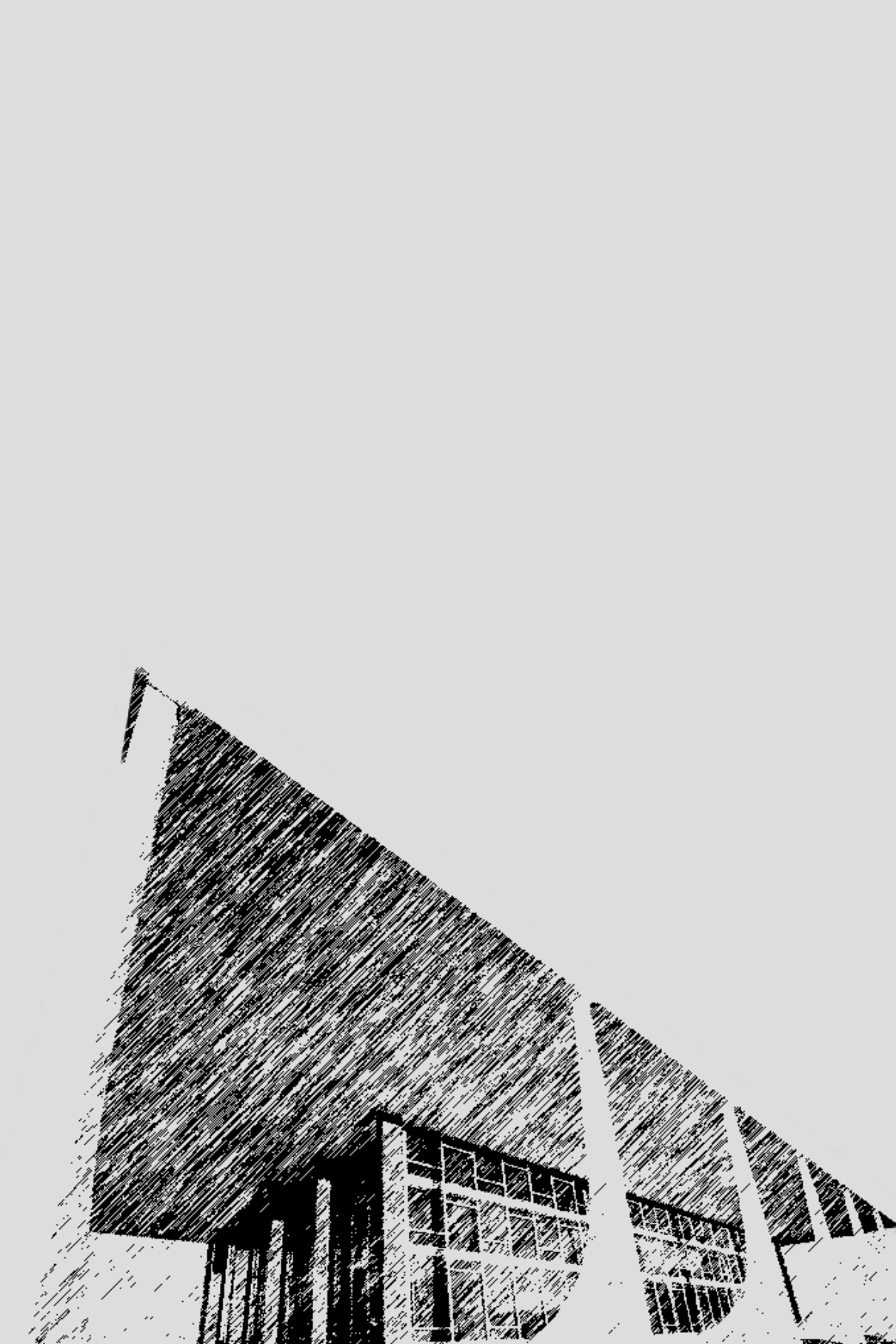
MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petição, recursos, sentenças e outros*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 1999. t. 1.

POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações: o progresso do conhecimento científico*. 4. ed.. Trad. S. Bath. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1982.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 1.

CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29ª Ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004



Neste livro, o leitor vai encontrar 5 histórias curiosas sobre o direito. Elas abarcam temas variados que vão desde julgamentos no Supremo Tribunal Federal ao funcionamento da advocacia em primeira instância, passando por um julgamento que o Brasil ganhou contra o Estados Unidos na Organização Mundial do Comércio. O mais interessante de tudo isso é que estes trabalhos não foram escritos por antropólogos que olhariam o direito a uma certa distância; mas, por estudantes de direito que participaram do projeto de pesquisa do Grupo de Pesquisa Lei e Sociedade, vinculado ao programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Os autores das etnografias seguem todos em carreiras jurídicas e, portanto, pertencem à categoria de “operadores do direito”. À época que as escreveram, eles acreditavam no direito e na sua importância. E isso não mudou. O que mudou foi a maneira como eles percebem a relação entre a prática e a teoria, os limites do conhecimento jurídico e, mesmo, como eles elaboravam qual era, afinal, a importância do direito. A etnografia representou para eles um encontro deles com o campo jurídico de uma maneira diferente daquela que oferece o ensino jurídico mais tradicional. As suas histórias aproximam a reflexão sobre as categorias jurídicas da sua prática mais cotidiana e, por conta disso, trazem para o primeiro plano aspectos do direito enquanto uma forma de vida que, usualmente, não encontram muito espaço na discussão doutrinária.

ISBN 856199013-8

